

Misbruk av dominans. Mot en mer virkningsbasert tilnærming?

En analyse av nyere rettspraksis om misbruksvilkåret i TEUV artikkel 102.

Kandidatnummer: 192978

Veileder: Ronny Gjendemsjø

Antall ord: 28312



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.juni 2014

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	5
1.1 Presentasjon av problemstillingen	5
1.2 Metode	7
1.2.1 Innledning.....	7
1.2.2 Generelle metodiske spørsmål	8
1.2.3 Intensjonen med Veiledningen og dens rettskildemessige betydning.....	9
1.3 Det videre opplegget for oppgaven	11
1.3.1 Avgrensninger	11
1.3.2 Struktur.....	11
2 Utformingen av et regelverk – det teoretiske rammeverket	13
2.1 Innledning.....	13
2.2 Generelle spørsmål	14
2.2.1 Universelle og spesielle vurderinger	14
2.2.2 Formbaserte versus virkningsbaserte vurderinger.....	15
2.3 Enkelte særlige spørsmål i tilknytning til en virkningsbasert tilnærming	17
2.3.1 Gjenstanden for virkningsvurderingen	17
2.3.2 Hvem skal foreta en eventuell virkningsvurdering? – Kort om kompetansefordelingen i EU	17
3 Misbruksvurderingen i eldre rettspraksis	19
3.1 Innledning.....	19
3.2 Bygger rettspraksis på et krav om konkurransebegrensende virkning i de generelle uttalelsene?	19
3.3 Eksklusivitetsavtaler.....	20
3.3.1 Innledning.....	20
3.3.2 Behandlingen i praksis – et «per se» misbruk.....	20
3.4 Rabatter.....	22
3.4.1 Innledning.....	22
3.4.2 Vurderingen av eksklusivitetsrabatter	22
3.4.3 Vurderingen av andre rabattyper	23
3.4.4 Nærmere om kravet til konkurransebegrensende virkning	26

3.5	Rovprising	28
3.5.1	Innledning.....	28
3.5.2	Utgangspunktet – <i>AKZO Chemie</i>	28
3.5.3	Priser under GVK.....	29
3.5.4	Priser mellom GVK og GTK	29
3.6	Selektiv prisnedsettelse.....	31
3.7	Leverings- og lisensnektelser	32
3.7.1	Innledning.....	32
3.7.2	Tidlig praksis - <i>Commercial Solvents</i> og <i>Telemarketing</i>	32
3.7.3	Nyere praksis – <i>Oscar Bronner</i>	34
3.7.4	Lisensnektelser	35
3.8	Marginskvis	38
3.8.1	Innledning.....	38
3.8.2	Behandlingen praksis – en «like effektiv konkurrent»-vurdering.....	39
3.9	Diskriminering.....	40
3.9.1	Innledning.....	40
3.9.2	Vurderingen av diskriminering i rettspraksis	40
4	Det gjennomgående inntrykket av eldre praksis	44
4.1	Innledning.....	44
4.2	Ulike vurderingskategorier	44
4.3	Betraktninger om de ulike vurderingene	45
5	Kommisjonens veiledning fra 2009	48
5.1	Innledning.....	48
5.2	Innholdet av Veiledningen.....	48
5.2.1	Formål og prioritering	48
5.2.2	Generelle prinsipper	49
5.2.3	De spesifikke misbruksvurderingene	51
5.3	Hvilke endringer legger Veiledningen opp til?	55
5.3.1	Innledning.....	55
5.3.2	De generelle prinsippene	55
5.3.3	De spesifikke misbruksvurderingene	58
5.3.4	Oppsummering	62
6	Misbruksvurderingen i nyere rettspraksis	63

6.1	Innledning	63
6.2	Eksklusivitetsavtaler	63
6.3	Rabatter	66
6.3.1	Eksklusivitetsrabatter	66
6.3.2	Andre rabatter	67
6.4	Rovprising	70
6.5	Selektiv prisnedsettelse	73
6.6	Leveringsnektelser	74
6.7	Marginskvis	76
6.8	Diskriminering	80
7	Det gjennomgående inntrykket av nyere rettspraksis	82
7.1	Innledning	82
7.2	Bygger nyere rettspraksis på et krav om konkurransebegrensende virkning i de generelle uttalelsene?	82
7.3	Hvilke endringer kan spores i de spesifikke misbruksvurderingene?	83
7.4	Er det en konflikt mellom de generelle uttalelsene og de spesifikke misbruksvurderingene?	85
8	Enkelte rettspolitiske betraktninger om utviklingen og veien videre	87
	Litteratur:	92
	Praksis:	95

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstillingen

Problemstillingen i denne oppgaven er om det har funnet sted en endring i EU-domstolens tilnærming til misbrukskriteriet i TEUV artikkel 102 etter publiseringen av EU-kommisjonens veiledning for prioritering av håndhevelsen av bestemmelsen, heretter omtalt som ”Veiledningen”.¹ Et av motivene bak utarbeidningen av Veiledningen var at tidligere praksis hadde fått betydelig kritikk for å ha for stort fokus på kategorisering av ulik atferd, og for lite fokus på atferdens faktiske virkninger. Veiledningen synes å legge opp til en endring på dette punktet, og det er i et slikt perspektiv at en sammenlikning av praksisen er interessant. Jeg vil i oppgaven omtale rettspraksis fra før Veiledningen som «eldre» praksis og rettspraksis fra etter Veiledningen som «nyere» praksis.

Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i EU-retten følger av TEUV art. 102 og EØS art. 54.² I henhold til bestemmelsen følger det at:

«En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del heraf er uforenelig med det indre marked og forbudt, i den udstrækning samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes. Misbrug kan især bestå i:

- a) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser
- b) begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne
- c) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen
- d) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.»

¹ OJ 2009 C 45/02 «Meddelelse fra Kommissionen – Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd».

² Bestemmelsen har hatt ulik nummerering i tidligere versjoner av traktatene. Bestemmelsens innhold er imidlertid langt på vei identisk. Av hensyn til oversiktligheten vil jeg derfor konsekvent omtale bestemmelsen som art. 102, selv om jeg refererer til tidligere versjoner av bestemmelsen.

Flere vilkår må altså være oppfylt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. I denne fremstillingen er det imidlertid vilkåret «misbruk» som skal undersøkes nærmere.

Bestemmelsen gir ingen definisjon av hva som skal anses for å innebære et misbruk, men den lister opp ulike eksempler.³ Rettspraksis har imidlertid etablert et skille mellom to hovedkategorier av misbruk, nemlig utnyttende misbruk og ekskluderende misbruk (også kalt konkurransebegrensende misbruk). Med utnyttende misbruk menes misbruk der det dominerende foretaket utnytter sin markedsposisjon for å oppnå fordeler på bekostning av etterspørerne, som foretaket ikke hadde kunnet oppnå i et marked med konkurranse. Med ekskluderende misbruk menes misbruk som er egnet til å ekskludere eksisterende eller potensielle konkurrenter fra markedet, og som dermed vil kunne ha skadelige virkninger på konkurranseprosessen og for forbrukerne.⁴

Art. 102 inneholder ikke noen bestemmelse om at atferd kan aksepteres dersom den gir effektivitetsgevinster, tilsvarende bestemmelsen som finnes i art. 101(3). I praksis har det imidlertid blitt innfortolket et tilsvarende unntak for art. 102 for atferd med «objektivt god begrunnelse».⁵ I unntaket ligger det at atferden må være objektivt nødvendig for å ivareta visse formål. I tillegg må atferden være proporsjonal. Det vil si at atferden må anses som et rimelig virkemiddel for å oppnå de aktuelle formålene.⁶

Myndighetenes inngripen i konkurransen mellom private markedsaktører vil alltid innebære en vanskelig balansegang. Grensen mellom atferd som anses for å være en del av «normal» konkurranse og konkurranseskadelig atferd kan være hårfin. Dette gjelder særlig for spørsmål om misbruk av dominerende stilling. Mange har vært kritiske til tidligere praksis fra EU-domstolen, og bestemmelsen har ført til engasjert debatt. Det har blitt fremmet ulike synspunkter, men en forholdsvis utbredt oppfatning har altså vært at det i praksis har vært for stort fokus på kategoriseringen av ulike former for atferd, mens det i stedet burde være fokus

³ Det har vært en diskusjon i teorien om listen skal forstås som eksempler eller kategorier. Kolstad og Ryssdal 2007 s. 360 og O'Donoghue og Padilla 2013 s. 256 tar til orde for at det må anses som kategorier, motsatt Gjendemsjø 2010 s. 320.

⁴ For en nærmere redegjørelse for de ulike misbruksformene se Kolstad og Ryssdal s. 362 flg. og Gjendemsjø s. 319 flg.

⁵ I engelsk litteratur omtales dette gjerne som «objective justification». Den vanlige betegnelsen i norsk litteratur har vært «objektiv begrunnelse». På bakgrunn av den normative vurderingen som foretas, og det normative som ligger i «justification» mener jeg imidlertid at «objektiv god begrunnelse» er et bedre begrep og jeg vil holde meg til dette i den videre fremstillingen.

⁶ Kolstad og Ryssdal 2006 s. 372.

på de faktiske økonomiske virkningene av denne, slik jeg var inne på i første avsnitt.⁷ En rapport fra en gruppe med økonomiske eksperter, nedsatt av sjeføkonomen i Generaldirektoratet for konkurranse, kom med følgende konklusjon etter sin vurdering:

“A more consistent approach would start out from the effects of anticompetitive conduct, such as exclusion of competitors in the same market or in a horizontally or vertically related market one, and consider the competitive harm that is inflicted on consumers. Adopting such an effects-based approach would ensure that these various practices are treated consistently when they are adopted for the same purpose. In contrast, a form-based approach creates the risk that they will be treated inconsistently, with some practices possibly enjoying a relatively more lenient attitude (e.g., because of different standards). Arbitrating among these different treatments may facilitate exclusion, or induce the dominant firm to adopt alternative exclusionary methods, which may well inflict a higher cost on consumers.”⁸

Kritikken førte til at det ble tatt initiativ til reformering av bestemmelsen. Denne prosessen kulminerte i utarbeidelse av Veiledningen, som ble publisert februar 2009.⁹ I Veiledningen synes det som om Kommissjonen tar til orde for en mer virkningsbasert tilnærming til bestemmelsen.¹⁰

Etter publiseringen av Veiledningen har det kommet flere nye avgjørelser fra EU-domstolen, og det sentrale spørsmålet i oppgaven er altså om man kan se en mer virkningsbasert tilnærming i EU-domstolens praksis.

1.2 Metode

1.2.1 Innledning

Oppgaven gir ikke rom for noen generell redegjørelse for EU-rettslig metode, men jeg vil i dette kapittelet kommentere enkelte spørsmål som er spesielt relevante for oppgaven.

Jeg vil først redegjøre generelt for oppgavens metode og enkelte sentrale metodiske spørsmål i kapittel 1.2.2. Videre vil jeg gå nærmere inn på intensjonen med Veiledningen og dens rettskildemessige betydning i kapittel 1.2.3.

⁷ Se eksempelvis Fox, i *World Competition*, 2003.

⁸ Report by the Economic Advisory Group on Competition Policy 2005.

⁹ Veiledningen ble gjort tilgjengelig i desember 2008, men ble først offisielt publisert i 24. februar 2009.

¹⁰ Veiledningen behandles nærmere i kapittel 5.

1.2.2 Generelle metodiske spørsmål

Det sentrale målet med oppgaven å klarlegge gjeldende rett. Dette vil jeg gjøre gjennom en ordinær rettsdogmatisk metode. Oppgaven inneholder imidlertid også enkelte rettspolitiske betraktninger, da jeg vil kommentere og vurdere ulike synspunkter underveis. Der jeg kommer med slike betraktninger vil det fremgå klart.

Jeg vil i det følgende se nærmere på to metodiske spørsmål i dette kapittelet. Det første er de språklige utfordringene innenfor EU-retten. Det andre er betydningen av rettspraksis.

Hovedregelen for den skrevne EU-retten er at rettsaktene er autentiske på alle de offisielle språkene. Uklarheter i reglene må derfor søkes avklart ved å se hen til ulike språklige versjoner. Avgjørelser fra EU-domstolen er derimot kun autentiske på prosessspråket, jf. rettergangsordningen art. 31. Det er likevel for enkelt å slå seg til ro med at prosessspråket alltid må være det avgjørende. Arbeidsspråket ved EU-domstolen er fransk, og det er derfor normalt den franske versjonen dommerne har blitt enige om, noe som kan tale for at den franske språkversjonen må tillegges stor betydning.¹¹

Jeg behersker ikke fransk, og vil derfor forholde meg til den danske og den engelske språkversjonen. Jeg har i hovedsak valgt å gjengi sitater fra avgjørelser på dansk, da jeg mener dette gir best flyt i oppgaven. Jeg har imidlertid også undersøkt de engelske versjonene. Enkelte steder i oppgaven kommenterer jeg det dersom det synes å være innholdsmessige forskjeller mellom de ulike språkversjonene.

Det andre spørsmålet jeg vil knytte noen betraktninger til er altså betydningen av rettspraksis i konkurranseretten, da særlig hvilken betydning som kan tillegges avgjørelser fra Retten (heretter kalt Underretten).¹²

EU-domstolen er i henhold til TEU art. 19 gitt ansvaret for fortolkningen og anvendelsen av traktatene. Dersom EU-domstolen har tatt stilling til et spørsmål er det derfor forholdsvis lite rom for å komme til et annet resultat.¹³

¹¹ Jf. Fredriksen og Mathiesen 2012 s. 215-216.

¹² EU-domstolen består av tre ulike domstoler: The Court of Justice, the General Court og the Civil Service tribunal. Jeg vil i denne fremstillingen omtale the Court of Justice som "Domstolen", mens jeg vil bruke "Underretten" om the General Court. Underretten vil også brukes som betegnelse på the Court of First Instance, som var betegnelsen på the General Court frem til Lisboa-traktaten. Når jeg snakker om domstolene samlet vil jeg referere til dem som "EU-domstolen".

¹³ Jf. Gjendemsjø 2010 s. 18.

Når det gjelder Underrettens avgjørelser, kan Domstolen overprøve disse. Domstolen er heller ikke bundet av tidligere praksis fra Underretten, og av rettspraksis er det klart at Domstolen er tilbøyelig til å fravike denne. Der Domstolen har fraveket Underrettens praksis, må Domstolens oppfatning legges til grunn.

Et annet spørsmål er hvilken betydning som kan tillegges Underrettens praksis der Domstolen ikke har tatt stilling til et spørsmål. Underretten er i større grad gitt en rettsavklarende kompetanse i EU-konkurranseretten, sammenliknet med eksempelvis den kompetanse norske lagmannsretter er tillagt i norsk rett. Domstolen viser i praksis til avgjørelser fra Underretten, noe som taler for at de tillegges en viss vekt. Da praksisen på ingen måte er bindende, må det imidlertid være betydelig rom for å argumentere for at Underrettens praksis ikke er i samsvar med gjeldende rett.¹⁴

1.2.3 Intensjonen med Veiledningen og dens rettskildemessige betydning

Da Veiledningens innvirkning står sentralt i oppgaven er det nødvendig å se nærmere på intensjonen med dokumentet og dets rettskildemessige betydning.

Det naturlige utgangspunktet for en slik vurdering er hva slags dokument Kommisjonen ønsket å lage. I henhold til Veiledningens selv, så er intensjonen med dokumentet å redegjøre ”for den prioritering, som vil være vejledende for Kommissionen ved anvendelsen af artikel 82 på dominerende virksomheders ekskluderende adfærd”.¹⁵ Formuleringen kan forstås som at dokumentet kun er ment å gi uttrykk for Kommisjonenes administrative prioritering av ulike former for misbruk. Slik det fremgår av behandlingen av Veiledningen i kapittel 5, er det imidlertid klart at den ikke kan forstås slik. Innholdet viser at Veiledningen verken er ment som en administrativ prioritering eller en forklaring av gjeldende rett. Den inneholder derimot en rekke normative uttalelser som synes å legge opp til en endring for anvendelsen av bestemmelsen.¹⁶ Bakgrunnen for at Kommisjonen unnlot å utforme retningslinjer i stedet kan muligens være et ønske om å unngå at foretakenes legitime forventninger eller hensynet til likebehandling skulle medføre at Kommisjonen selv ble bundet av dokumentet.¹⁷ En annen

¹⁴ Gjendemsjø 2010 s. 21.

¹⁵ Veiledningens avsnitt 2.

¹⁶ Tilsvarende O'Donoghue og Padilla 2013 s. 76.

¹⁷ Se nærmere om dette Gormsen 2010 s. 152-156.

forklaring kan være at Kommisjonen var av den oppfatning at det var større adgang til å bryte med tidligere rettspraksis dersom dokumentet ikke tok form av retningslinjer.¹⁸

Spørsmålet er videre hvilken rettskildemessige betydning Veiledningen kan sies å ha. Veiledningen er en del av det som gjerne omtales som «soft law» i EU-retten. Med «soft law» menes rettsakter som ikke har noen formelt bindende virkning, men som likevel kan ha rettslig betydning. Wellens og Borchardt gir følgende definisjon av soft law i EU-retten:

«Community soft law concerns the rules of conduct which find themselves on the legally non-binding level (in the sense of enforceable and sanctionable) but which according to their drafters have to be awarded a legal scope, that has to be specified at every turn and therefore do not show a uniform value of intensity with regard to their legal scope, but do have in common that they are directed at (intention of the drafters) and have as effect (through the medium of the Community legal order) that they influence the conduct of Member States, institutions, undertakings and individuals, however without containing Community rights and obligations. In relation to this provisional working description the following marginal comments should be made.»¹⁹

Den generelle betydningen av “soft law” i EU-retten har vært et mye omdiskutert tema, som det vil føre for langt å gå inn på mer generelt.²⁰ Jeg vil imidlertid se nærmere på Veiledningens konkrete betydning. Det rettslige grunnlaget for denne typen dokumenter er å finne i art. 4(3) TEU og art. 17(1) TEU. Disse bestemmelsene har blitt forstått slik at de gir Kommisjonen kompetanse til å forklare EU-domstolens avgjørelser. Innenfor konkurranseretten har imidlertid Kommisjonen hatt en langt mer aktiv rolle gjennom denne typen rettsakter, og har bidratt til rettsutviklingen.²¹

Kommisjonen har ikke kompetanse til å fravike innholdet i EUs primærrett eller sekundærrett gjennom ”soft law”, slik som Veiledningen.²² Det har imidlertid vært betydelig uenighet i teorien i tilknytning til om en slik begrensning også gjelder for praksis fra EU-domstolen. Av hensyn til oppgavens omfang vil jeg ikke foreta noen utførlig behandling av dette spørsmålet. Jeg er imidlertid enig med Pinar Akman som tar til orde for at domstolenes adgang til selv å fravike tidligere avgjørelser må innebære at det ikke er noe i veien for at Kommisjonen fraviker praksis gjennom Veiledningen. Domstolen vil så enten kunne støtte seg til

¹⁸ Jf. Rousseva 2010 s. 363.

¹⁹ Wellens og Borchardt, i *European Law Review*, 1989 s. 285.

²⁰ For en nærmere behandling se eksempelvis Senden 2004.

²¹ Akman, i *The Modern Law Review* 2010 s. 625.

²² Akman i *The Modern Law Review* 2010 s. 626 og Senden 2004 s. 245.

synspunktene i Veiledningen, noe som i så fall vil gi Veiledningen større betydning, eller eventuelt fravike disse, hvilket vil medføre at den vil miste mye av sin betydning.²³

EU-domstolen har ikke selv tatt stilling til Veiledningens betydning generelt. I *Tomra* tok imidlertid Domstolen stilling til Veiledningens betydning for beslutninger fra Kommisjonen som er truffet før publiseringen av Veiledningen.²⁴ Domstolen sluttet seg i avgjørelsen til generaladvokatens synspunkt om at Veiledningen ikke kan ha noen betydning i slike saker.²⁵

1.3 Det videre opplegget for oppgaven

1.3.1 Avgrensninger

En rekke typer atferd vil kunne rammes av forbudet mot misbruk av dominerende stilling. Av hensyn til oppgavens omfang, er det ikke anledning til å behandle alle disse. Veiledningen behandler kun et utvalg av konkurransebegrensende former for misbruk. De misbruksformene som behandles i Veiledningen er derfor et naturlig utgangspunkt for oppgaven. Jeg har imidlertid valgt å ikke behandle kombinasjonssalg, selv om denne misbruksformen behandles i Veiledningen. Grunnen er at det ikke foreligger noe rettspraksis på dette området i etterkant av Veiledningen. Derimot har jeg valgt å behandle diskriminering til tross for at denne misbruksformen ikke behandles i Veiledningen, da det er to avgjørelser fra nyere praksis hvor spørsmål om diskriminering har kommet opp.

Av hensyn til oppgavens omfang vil jeg ikke gå nærmere inn i på i hvilken grad atferd som har en «objektivt god begrunnelse» vil unngå å rammes av artikkel 102.

1.3.2 Struktur

Jeg har valgt å dele oppgaven i fire hoveddeler. I første del (kapittel 2) vil jeg gå nærmere inn på spørsmål som oppstår i forbindelse med utformingen av et regelverk for vurderingen av misbruk av dominerende stilling. I andre del (kapittel 3 og 4) vil jeg se nærmere på misbruksvurderingen i eldre praksis fra EU-domstolen. I tredje del (kapittel 5) foretar jeg en analyse av Veiledningen. Siktemålet er å identifisere hvilke endringer den la opp til. I fjerde

²³ Akman, i *Modern Law Review* 2010 s. 627, se også Cosma og Whish, i *European Business Law Review* 2003.

²⁴ Sak C-549/10, *Tomra*.

²⁵ Sak C-549/10, *Tomra*, avsnitt 81.

del (kapittel 6-8) vil jeg deretter se nærmere på misbruksvurderingen i nyere rettspraksis. Jeg undersøker først hvilke endringer som har funnet sted etter publiseringen av Veiledningen. Videre foretar jeg en vurdering av rettstilstanden.

2 Utformingen av et regelverk – det teoretiske rammeverket

2.1 Innledning

Det ideelle målet for konkurranseretten er å tillate konkurransefremmende atferd og forby konkurranseskadelig atferd, eller med andre ord å fremme samfunnsøkonomisk effektivitet og velferd.²⁶ Et grunnleggende spørsmål i denne sammenheng er hva som menes med samfunnsøkonomisk effektivitet, og hvilken betydning fordelingen mellom ulike grupper har i denne sammenheng. Spørsmålet er ikke avgjørende for oppgavens problemstilling, og det er derfor ikke rom for noen behandling av dette i oppgaven. For en nærmere behandling se eksempelvis Nazzini.²⁷

Hva gjelder utformingen av et regelverk for misbruk av dominerende stilling er selvfølgelig målsetningen om å fremme all konkurransefremmende atferd og forby all konkurransebegrensende atferd en utopi. Man vil aldri oppnå en perfekt balanse for intervensjon, da det er umulig å forutse hvilke virkninger en bestemt atferd faktisk vil ha. Ved valg av tilnærming vil derfor et realistisk mål være å minimere de totale kostnadene av inngripen overfor atferd som faktisk er konkurransefremmende, heretter omtalt som «feilaktige inngrep», på den ene siden og unnlattelse av å gripe inn mot atferd som faktisk er konkurransebegrensende, heretter omtalt som «feilaktige frifinnelser», på den andre siden.²⁸ Når forekomsten av feilaktige inngrep og feilaktige frifinnelser blir lavere øker den samfunnsøkonomiske velferden.

Ved utformingen av et regelverk for misbruk av dominerende stilling må også en rekke andre hensyn tas i betraktning. To særlig sentrale hensyn i denne sammenheng er hensynet til forutberegnelighet og hensynet til praktikable regler. Det vil imidlertid ofte kunne være en spenning mellom disse to hensynene og målsetningen om å fremme samfunnsøkonomisk effektivitet, da det er vanskelig å utforme klare regler som samtidig er egner til å regulere atferden optimalt.

²⁶ Jf. O'Donoghue og Padilla 2013 s. 6 og Kolstad og Ryssdal 2007 s. 50.

²⁷ Nazzini 2011 s. 11-49.

²⁸ Se nærmere om dette Østerud s. 14-15, samt O'Donoghue 2007 s. 3.

I det følgende vil jeg se nærmere på enkelte sentrale spørsmål i forbindelse med utformingen av regler om misbruk av dominerende stilling. Denne delen kan gjerne kalles det teoretiske rammeverket. Det er sentralt å ha en forståelse for disse spørsmålene når man skal forsøke å forstå EU-domstolens tilnærming til bestemmelsen. Gjennom oppgaven vil jeg videre forsøke å plassere rettspraksis inn i dette rammeverket.

Jeg vil først se på enkelte generelle spørsmål i tilknytning til utformingen av et regelverk i kapittel 2.2, nærmere bestemt vil jeg så på skillet mellom såkalte universelle og spesielle tilnærminger og skillet mellom såkalte formbaserte og virkningsbaserte vurderinger. Videre vil jeg gå nærmere inn på enkelte spørsmål i tilknytning til en virkningsbasert tilnærming i kapittel 2.3, nærmere bestemt vil jeg se på hvilke virkninger som kreves og hvem som skal foreta virkningsvurderingen.

2.2 Generelle spørsmål

2.2.1 Universelle og spesielle vurderinger

Et sentralt skille ved utformingen av regler for misbruk av dominerende stilling går mellom det som kan kalles for universelle og det som kan kalles for spesielle vurderinger. Med en universell vurdering menes i denne sammenheng en vurdering som kan anvendes på alle former for ekskluderende misbruk. Med spesielle vurderinger menes det derimot at det anvendes ulike vurderinger for forskjellige misbruksformer.

Det forhold at ulike former for atferd kan ha tilsvarende virkninger tilsier at atferden også bør vurderes likt, og taler altså for en universell tilnærming. Dersom atferden vurderes ulikt, vil det også kunne være en fare for at det dominerende foretaket foretar den typen konkurransebegrensende atferd som er underlagt den mildeste vurderingen.²⁹

På den andre siden er det store forskjeller mellom ulike former for atferd når det gjelder sannsynligheten for at konkurransebegrensende virkninger skal oppstå. Dette taler for at de ulike formene for atferd bør være underlagt ulike vurderinger.³⁰ Et annet argument mot en

²⁹ Jf. Nazzini 2011 s. 53.

³⁰ Jf. Nazzini 2011 s. 53.

universell vurdering er at det er fare for at en slik vurdering blir uklar og vanskelig å håndheve.³¹

Det har blitt utformet en rekke forslag til universelle vurderinger gjennom årene. De kanskje mest sentrale er de følgende forslagene: «no economic sense»-vurderingen, «like effektiv konkurrent (equally efficient competitor)»-vurderingen, «konsumentvelferd (consumer welfare)»-vurderingen og «begrensning av produksjon (limiting production)»-vurderingen.³² Forslagene legger opp til følgende vurderinger:

I henhold til «no economic sense»-vurderingen må atferd som ikke rasjonelt kan forklares på annen måte enn at atferden er foretatt fordi den er egnet til å ekskludere konkurrenter anses for å være et misbruk. I henhold til «like effektiv konkurrent»-vurderingen må atferd som er egnet til å ekskludere en like effektiv konkurrent fra markedet anses som et misbruk. I henhold til «consumer welfare»-vurderingen er det kun atferd som har en negativ virkning for velferden til forbrukerne som kan anses som et misbruk. «Begrensning av produksjon»-vurderingen tar eksplisitt utgangspunkt i ordlyden i art. 102 TEUV bokstav b, der det følger at atferd som fører til «begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne» anses for å være et misbruk. I henhold til vurderingen må atferd som fører til en eksklusjon eller begrensning for konkurrentene anses som et misbruk dersom atferden medfører en negativ virkning for forbrukerne.³³

Slik jeg vil påvise gjennom oppgaven, bygger ikke rettspraksis fra EU-domstolen på noen slik universell tilnærming.

2.2.2 Formbaserte versus virkningsbaserte vurderinger

Et annet sentralt skille går mellom såkalte formbaserte og såkalte virkningsbaserte vurderinger. Man kan her tenke seg en skala hvor en ren formbasert tilnærming befinner seg på det ene ytterpunktet og en ren virkningsbasert tilnærming på det andre ytterpunktet. Med en ren formbasert tilnærming menes det at man anser en bestemt form for atferd for å innebære et misbruk «per se», altså uavhengig av atferdens virkninger. Med en ren virkningsbasert tilnærming vil derimot lovligheten av atferden utelukkende bero på en

³¹ Jf. Østerud 2010 s. 17.

³² Jf. O'Donoghue 2007 s. 7

³³ Jf. Østerud 2010 s. 16-17 og O'Donoghue 2007 s.7.

vurdering av atferdens virkninger. Mellom disse ytterpunktene kan man tenke seg et hav av ulike vurderinger som inneholder både formbaserte og virkningsbaserte elementer.³⁴

Det er både fordeler og ulemper med formbaserte og virkningsbaserte vurderinger. Den mest slående fordelen med en mer virkningsbasert tilnærming til bestemmelsen er at en slik tilnærming sannsynligvis vil være bedre egnet til å ivareta målsetningen om å beskytte den samfunnsøkonomiske velferden, sammenliknet med en formbasert tilnærming. Det må altså antas å bli færre feilaktige inngrep og frifinnelser med en slik tilnærming.

Den klare ulempen med en mer virkningsbasert tilnærming er imidlertid at vurderingene er mindre klare sammenliknet med en mer formbasert tilnærming, noe som fører til en lavere grad av forutberegnelighet for foretakene. Mindre klare regler vil videre kunne medføre betydelige kostnader. For det første vil foretakene måtte bruke mer ressurser på å vurdere atferden sin. For det andre må konkurransemyndighetene foreta mer omfattende og kostbare analyser. Videre vil det være en viss fare for at store foretak kan unngå å bli rammet av bestemmelsen ved å leie inn ekspertise. Det kan altså være fare for at en endring i retning av en mer virkningsbasert tilnærming vil gå på bekostning av mindre foretak og forbrukerne.³⁵

Sammenhengen mellom forutberegnelighet og velferd er imidlertid mer intrikat. Et synspunkt er at en mer virkningsbasert tilnærming kan ha utilsiktede bivirkninger. Lav grad av forutberegnelighet kan medføre at foretakene blir for forsiktige. De kan komme til å unnlate å iverksette konkurransefremmende tiltak av redsel for at atferden skal rammes av forbudet, noe som vil være negativt for den samfunnsøkonomiske velferden. Motsatt kan det hevdes at ved for stor forutberegnelighet så vil foretakene bevisst foreta konkurransebegrensende handlinger fordi de vet at atferden neppe vil rammes av bestemmelsene.

³⁴ Se nærmere O'Donoghue 2007 s. 4-6 hvor det redegjøres generelt for ulike tilnærminger. Se også Østerud 2010 s. 17 om dette.

³⁵ Jf. Akman 2012 s. 287 med videre henvisninger.

2.3 Enkelte særlige spørsmål i tilknytning til en virkningsbasert tilnærming

2.3.1 Gjenstanden for virkningsvurderingen

Et sentralt spørsmål i tilknytning til en virkningsbasert tilnærming er hvilken virkning en eventuell virkningsvurdering skal basere seg på. Det er to forhold som gjør at jeg lanserer dette spørsmålet allerede her: For det første har EU-domstolen har vært noe uklar i praksis med hensyn til hva den legger i et krav om virkning. For det andre har terminologien i litteraturen har vært varierende. For å unngå forvirring finner jeg derfor grunn til å knytte noen kommentarer til dette.

Rettspraksis synes i hovedsak å bygge på to ulike forståelser av et krav om virkning. Den ene bygger på et krav om at atferden må ha en negativ virkning for en konkurrent eller konkurranseprosessen. Den andre bygger på et krav om at atferden må ha en negativ virkning for forbrukerne, eksempelvis gjennom høyere priser eller dårligere utvalg.

Det er ingen nødvendig sammenheng mellom de to formene for virkning. Det er nemlig ikke er noen automatikk i at skade på konkurranseprosessen fører til en negativ virkning for forbrukerne. Det er imidlertid slik at en skade på konkurranseprosessen i mange tilfeller vil kunne ha en negativ virkning for forbrukerne. Der praksis bygger på et krav om virkning for konkurranseprosessen, er det derfor ikke alltid klart om et slikt krav er oppstilt på bakgrunn av en presumsjon om at skade på konkurranseprosessen fører til skade for forbrukerne eller om kravet bygger på et ønske om å beskytte konkurranseprosessen som sådan.

Der jeg referer til et krav om konkurransebegrensende virkning eller en virkningsbasert tilnærming i oppgaven, bygger jeg på den andre forståelsen av virkningskravet, altså at det kreves en negativ virkning for forbrukerne. En slik begrepsbruk er den innarbeidede i økonomisk teori.

2.3.2 Hvem skal foreta en eventuell virkningsvurdering? – Kort om kompetansefordelingen i EU

I henhold til TEUV art. 263, har EU-domstolen kompetanse til å overprøve Kommisjonens avgjørelser. Utgangspunktet er at Underretten foretar en grundig overprøving av

kommisjonsavgjørelser som bringes inn for den.³⁶ Et unntak fra dette utgangspunktet er overprøvingen av kompliserte økonomiske vurderinger, her vil Underretten foreta en mindre inngående overprøving, jf. eksempelvis *Kongeriket Spania*, der det uttales følgende:

«Indledningsvis bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at selv om Unionens retsinstanser generelt udøver fuld kontrol med, om betingelserne for at anvende konkurrencereglerne er opfyldt, må den kontrol, som de udøver vedrørende komplicerede økonomiske vurderinger, der er foretaget af Kommissionen, nødvendigvis begrænses til en prøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller en åbenbar magtfordrejning»³⁷

Begrunnelsen for EU-domstolens begrensede overprøving på dette området er dels dommernes kompetanse, og dels ressurs hensyn. Ved en virkningsbasert tilnærming, vil altså ikke Underretten eller Domstolen gå inn i noen egen virkningsvurdering, det vil kun foretas en overprøving av Kommisjonens vurdering etter de retningslinjer som er skissert ovenfor.

³⁶ Bellamy og Child 2008 s. 1346.

³⁷ Sak T-398/07, *Kongeriket Spania*, avsnitt 60.

3 Misbruksvurderingen i eldre rettspraksis

3.1 Innledning

For å forstå nyere rettspraksis og for å kunne vurdere hvilke endringer Veiledningen legger opp til, er det nødvendig å redegjøre for den rettsstilstand som kommer til uttrykk i eldre praksis. Jeg vil i dette kapitlet foreta en gjennomgang av EU-domstolens tilnærming til misbrukskriteriet i artikkel 102 i eldre rettspraksis, med sikte på å plassere praksisen i det teoretiske rammeverket jeg skisserte i kapittel 2. Da problemstillingen i oppgaven er om man kan se en mer virkningsbasert tilnærming i nyere rettspraksis, vil jeg særlig se hen til hvilke krav til virkning EU-domstolen har bygget på i eldre praksis.

Problemstillingen kan med fordel deles opp i to. Det første spørsmålet er hvilke krav til virkning som stilles opp i de generelle uttalelsene i rettspraksis. Det andre spørsmålet er hvilke virkningsvurderinger som faktisk blir foretatt. Jeg vil ta for meg det første spørsmålet i kapittel 3.2, før jeg går gjennom de konkrete misbruksvurderingene i kapittel 3.3 til 3.9. Jeg har valgt å behandle misbruksformene i samme rekkefølge som Veiledningen, for å gjøre fremstillingen mest mulig oversiktlig. Jeg vil i dette kapitlet utelukkende foreta en beskrivelse av praksisen. I kapittel 4 vil jeg så foreta en nærmere vurdering av denne.

3.2 Bygger rettspraksis på et krav om konkurransebegrensende virkning i de generelle uttalelsene?

Allerede tidlig i rettspraksis ble det slått fast at det er atferd som kan ha en negativ virkning som rammes av forbudet i artikkel 102. I *Hoffmann-La Roche* uttales det eksempelvis at:

«[m]isbruksbegrebet er et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale

konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser.»³⁸

Tilsvarende formuleringer går igjen de fleste avgjørelsene i rettspraksis.³⁹ Det er visse unntak i rettspraksis i tilknytning til rabatter, noe jeg vil behandle i kapittel 3.4.4. Det gjennomgående inntrykket er imidlertid at EU-domstolen bygger på en forståelse av at atferden må ha virkninger for å anses som et misbruk.

De generelle uttalelsene gir likevel liten veiledning om hvilke virkning som kreves. Uttalelsene gir ikke svar på om det er tilstrekkelig med en negativ virkning for konkurranseprosessen eller om det i tillegg kreves en konkurransebegrensende virkning. De generelle uttalelsene gir altså ingen avklaring på hvilket syn EU-domstolen har på det jeg kaller gjenstanden for virkningsvurderingen i kapittel 2.3.1.

3.3 Eksklusivitetsavtaler

3.3.1 Innledning

Med eksklusivitetsavtaler menes avtaler om at kunden skal dekke hele eller store deler av sitt behov for en ytelse med leveranser fra en bestemt aktør. Denne typen avtaler vil kunne rammes av både art. 101 og av art. 102. Jeg vil imidlertid kun redegjøre for praksis i tilknytning til anvendelsen av art. 102.

3.3.2 Behandlingen i praksis – et «per se» misbruk

Den første saken som kom opp for EU-domstolen, *Suiker Unie*, gjaldt ikke eksklusivitetsavtaler direkte, men eksklusivitetsrabatter.⁴⁰ Domstolen kom her til at firmaets praksis med å gi rabatter til kunder som dekket hele sitt behov med deres varer måtte anses for å innebære et misbruk.⁴¹ Når den første saken som omhandlet en eksplisitt eksklusivitetsavtale kom opp i *Hoffmann-La Roche*, var derfor veien for Domstolen kort når den slo fast at eksklusivitetsavtalen innebar et misbruk.

³⁸ Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 91.

³⁹ Se nærmere O'Donoghue og Padilla 2013 s. 269 som henviser til sak T-65/89, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd*, sak T-65/98, *Van den Bergh Foods* og sak T-83/91, *Tetra Pak*.

⁴⁰ Forente saker 40-48, 50, 54-46, 111, 113 og 114-73/1976, *Suiker Unie*.

⁴¹ Forente saker 40-48, 50, 54-46, 111, 113 og 114-73/1976, *Suiker Unie*, avsnitt 499 flg. se særlig avsnitt 516.

Domstolen gikk ikke inn i noen vurdering av om avtalene ville ha en negativ virkning på konkurranseprosessen eller en konkurransebegrensende virkning. I avgjørelsen uttales det at:

«[e]n virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et marked, og som – også efter anmodning fra disse – binder købere til sig ved hjælp af en forpligtelse til eller et løfte om at dække hele eller en betydelig del af deres behov udelukkende hos virksomheden, misbruger herved sin dominerende stilling som nævnt i traktatens artikel [102], uanset om forpligtelsen står alene eller modsvares af en bonusydelse».⁴²

Domstolen synes altså å bygge på en oppfatning om at det ikke er nødvendig at atferden vil kunne ha en konkurransebegrensende virkning for at den skal anses for å innebære et misbruk.

En annen sentral avgjørelse i tilknytning til eksklusivitetsavtaler er *Van den Bergh Foods*.⁴³ Spørsmålet i saken var om den dominerende iskremprodusenten HBs praksis med å gi forhandlere av iskrem gratis fryserer mot at forhandlerne ikke benyttet de aktuelle fryserne til å utstille varer fra andre produsenter måtte anses for å innebære et misbruk av dominerende stilling. Butikkene kunne altså benytte egne fryserer eller andre produsenters fryserer til å oppbevare iskrem fra andre produsenter. På tross av at eksklusiviteten ikke knyttet seg til butikkens omsetning som sådan, kom Underretten til at atferden måtte anses for å innebære et misbruk. Av premissene følger det bl.a. at:

«[d]en omstændighed, at en virksomhed, som har en dominerende stilling på et marked, de facto binder 40 % af forretningerne på det relevante marked – om det så er på disses egen opfordring – gennem en eksklusivitetsklausul, der i realiteten virker som en eksklusivitet er blevet påtvunget disse forretninger, udgør et misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel [102].

Eksklusivitetsklausulen har således til virkning, at de omfattede detailhandlere forhindres i at sælge is af andre mærker, eller at deres muligheder for at foretage sådanne salg reduceres, på trods af, at der er en efterspørgsel efter disse andre mærker, og at konkurrerende producenter forhindres i at få adgang til det relevante marked.»⁴⁴

O'Donoghue og Padilla forstår avgjørelsen som at den legger opp til en virkningsbasert vurdering på bakgrunn av den gjengitte uttalelsen.⁴⁵ Slik jeg leser avgjørelsen foretas det kun en vurdering av om avtalen fører til en eksklusivitetsvirkning og altså ingen vurdering av om atferden får en konkurransebegrensende virkning. Avgjørelsen innebærer imidlertid en

⁴² Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 89.

⁴³ Sak T-65/98, *Van den Bergh Foods*.

⁴⁴ Sak T-65/98, *Van den Bergh Foods*, avsnitt 160.

⁴⁵ O'Donoghue og Padilla 2013 s. 431-432.

utvikling fra den tidligere praksis ved at en avtale som ikke inneholder noen eksplisitt eksklusivitetsforpliktelse anses for å innebære et misbruk fordi den fører til faktisk eksklusivitet.

Det gjennomgående inntrykket av eldre rettspraksis er altså at EU-domstolen bygget på en oppfatning om at inngåelsen av eksklusivitetsavtaler automatisk innebar et misbruk.

3.4 Rabatter

3.4.1 Innledning

Med rabatter menes det at selgeren gir kjøperen et avslag fra varens listepriis. Rabatter kan gis på ulike vilkår og med ulik utforming, og vil både kunne ha konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger. Jeg vil i det følgende redegjøre for behandlingen av rabatter i rettspraksis.

3.4.2 Vurderingen av eksklusivitetsrabatter

Eksklusivitetsrabatter er rabatter som gis under forutsetning av at kunden dekker mesteparten eller hele sitt behov for den aktuelle vare hos tilbyderer.

Slik det ble redegjort for i kapittel 3.2.2, kom Domstolen i *Suiker Unie* til at en eksklusivitetsrabatt måtte anses som et misbruk uten noen nærmere vurdering. I den allerede nevnte *Hoffmann-La Roche* var det i tillegg til spørsmålet om eksklusivitetsavtalen også spørsmål om eksklusivitetsrabatter måtte anses for å innebære et misbruk av dominerende stilling. Domstolen uttalte her at en tilsvarende regel som for eksklusivitetsavtaler måtte gjelde i tilfeller hvor

«virksomheden, uden at binde køberne til sig ved en formel forpligtelse, enten ifølge aftaler med køberne eller ensidigt anvender et loyalitetsbonussystem, dvs. prisnedslag, som ydes på betingelse af, at kunden – i øvrigt uanset om denne indkøber for betydelige eller for mindre beløb – udelukkende foretager alle eller en betydelig del af indkøbene til dækning af sine behov hos den markedsdominerende virksomhed».⁴⁶

⁴⁶ Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 89

Domstolen bygget altså på en oppfatning om at bruken av eksklusivitetsrabatter automatisk innebærer et misbruk, uavhengig av om atferden har en negativ virkning for konkurranseprosessen eller for forbrukerne.

3.4.3 Vurderingen av andre rabattyper

EU-domstolen har i sin praksis tatt stilling til lovligheten av en rekke ulike rabattsystem som ikke knytter seg til eksklusivitet. Jeg vil i det følgende redegjøre for hovedtrekkene i praksis.

I *Hoffmann-La Roche* ble det også reist spørsmål om et rabattsystem som ikke bygget på et krav om eksklusivitet utgjorde et misbruk. Domstolen stiller innledningsvis i avgjørelsen opp et skille mellom såkalte lojalitetsrabatter og såkalte kvantumsrabatter som bygger på at kvantumsrabatter er lovlige, mens lojalitetsrabatter kan innebære et misbruk. Domstolen uttaler at lojalitetsrabatter er

«forpligtelser [som] ikke beror på en økonomisk ydelse, som rettfærdiggjør forpligtelsen eller fordelene, men har det formål at gjøre det umuligt for køberen eller at lægge køberen hindringer i vejen for at kunne vælge sine forsyningskilder samt på at spærre adgangen til markedet for andre producenter».⁴⁷

Når det gjelder det aktuelle rabattsystemet i saken, var dette et system med såkalte individualisert bestemte retroaktive rabatter. Etter rabattsystemet ble det gitt ulike rabatter etter hvor stort kvantum de aktuelle kundene kjøpte. Rabattene ble gitt retroaktiv virkning slik at rabatten ble gitt for hele det kjøpte volum i det den aktuelle terskelen ble nådd, og de aktuelle tersklene ble bestemt for hver enkelt kunde. I den konkrete vurderingen av rabattsystemet uttalte Domstolen følgende:

«Selv om disse kontrakter indeholdt elementer, som ved første øjekast synes at være af kvantitativ art, idet de var forbundet med en bonusydelse af de samlede indkøb, fremgår det imidlertid af gennemgangen af kontrakterne, at der i virkeligheden var tale om en særlig udviklet form for lojalitetsbonus;

det er først og fremmest bemærkelsesværdigt, at denne særlige bonusform fandtes netop i de kontrakter, i hvilke købsforpligtelsen var affattet i den mindst forpligtende form, nemlig i formuleringen «den overvejende del af behovet», der giver køber et betydeligt spillerum;

denne forpligtelses ubestemte karakter ophæves imidlertid i videt omfang af, at der foretages en skønsmæssig ansættelse af behovet på årsbasis og af, at der ydes en bonus, som stiger i forhold til den

⁴⁷ Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Avsnitt 90

procentdel af behovet, der dækkes, således at den stigende sats helt klart indebærer en stærk tilskyndelse til at dække den størst mulige procentdel af behovene hos Roche;

denne beregningsmetode for bonusydelserne adskiller sig fra ydelse af kvantumsrabatter, som udelukkende er knyttet til omfanget af de indkøbte mængder hos den pågældende producent, derved, at de her omtvistede rabatter ikke afhænger af objektivet fastsatte mængder, som gælder for samtlige mulige købere, men afhænger af de anslåede mængder, som er fastsat i hvert enkelt tilfælde for hver enkelt kunde i forhold til kundens formodede evne til at aftage, idet formålet ikke er, at der skal aftages den størst mulige mængde, men den størst mulige del af behovet».⁴⁸

Domstolen kom altså til at de aktuelle rabattene innebar et misbruk av den dominerende stillingen. Slik sitatet viser, bygger Domstolens vurdering på i hvilken grad rabattene gjør kundene knyttet til det dominerende foretaket. Domstolen la særlig vekt på at det kvantum som utløste rabatten var individuelt bestemt på bakgrunn av den aktuelle kundens formodede behov. Det ble ikke foretatt noen nærmere vurdering virkningene på konkurranseprosessen eller virkningen for forbrukerne.

Den neste sentrale saken er Domstolens avgjørelse i *Michelin I*.⁴⁹ Spørsmålet i denne saken var også om et individualisert retroaktivt rabattsystem innebar et misbruk. Domstolen foretar først en vurdering av om det aktuelle rabattsystemet må anses for å være en ren kvantumsrabatt. I dette legger Domstolen at det «alene er den kjøpte mengde, der får betydning» for rabatten.⁵⁰ Når Domstolen kom til at rabattsystemet ikke kunne anses for å være en ren kvantumsrabatt, uttalte Domstolen følgende om vurderingen som må foretas:

«Ved afgørelsen af, om NBIM har misbrugt sin dominerende stilling ved hjælp af denne rabatordning, må der henses til samtlige omstændigheder, herunder navnlig de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, og det må undersøges, om rabatten som en fordel hvortil der ikke har svaret nogen begrundet modydelse af økonomiske art, har skullet fjerne eller begrænse køberens muligheder for at foretage indkøb efter et frit valg, og har skullet spærre konkurrenterne adgangen til markedet, idet der over for handelspartnere anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi, og den dominerende stilling søges forstærket gennem en fordrejning af konkurrencen».⁵¹

Domstolen foretok i det videre en nærmere vurdering av rabattsystemet, og kom til at rabattprogrammet måtte anses for å innebære et misbruk. Det ble for det første lagt vekt på den lange perioden mellom hver beregning av rabatten, noe som gjorde at rabattbeløpene ble

⁴⁸ Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 98-100.

⁴⁹ Sak 322/81, *Michelin I*.

⁵⁰ Sak 322/81, *Michelin I*, Avsnitt 72.

⁵¹ Sak 322/81, *Michelin I*, Avsnitt 73.

betydelige. For det andre ble det lagt vekt på Michelins store markedsandel, noe som medførte at konkurrentene måtte gi langt større rabatter for å kunne ha en konkurransedyktig pris. For det tredje ble det lagt vekt på at rabattsystemet var svært lite gjennomskiktig, noe som gjorde at forhandlerne var i en usikker situasjon.⁵² Domstolen avsluttet vurderingen med følgende konklusjon:

«I en sådan situation vil forhandlerne kunne være afskåret fra til enhver tid frit og afhængigt af markedssituationen at vælge det gunstigste af de tilbud der fremsættes fra forskellige konkurrenters side og fra at skifte leverandør uden mærkbar økonomisk ulempe.»⁵³

Avgjørelsen synes i stor grad å følge opp de retningslinjene Domstolen la til grunn i *Hoffmann-La Roche*. Vurderingen bygget også her på om rabattene har en innelåsende virkning for kundene. Domstolen foretok ingen nærmere vurdering av virkningen på konkurranseprosessen eller virkningen for forbrukerne.

De to nevnte sakene gjaldt altså begge individuelt bestemte rabatter. Den første saken der det ble reist spørsmål om et generelt bestemt rabattsystem innebar et misbruk var Underrettens avgjørelse i *Michelin II* i 2001.

Spørsmålet i saken var om et generelt, retroaktivt rabattsystem som Michelin hadde utviklet måtte anses for å innebære et misbruk av dominerende stilling. Om utgangspunktet for vurderingen uttalte Underretten følgende:

«[d]et følger heraf, at et rabatsystem, hvor rabattens størrelse stiger i takt med de købte mængder, ikke er i strid med artikel [102], med mindre de kriterier og regler, hvorefter rabatten ydes, ikke har nogen økonomisk berettigelse, men har til formål at hindre, at kunder foretager indkøb hos konkurrerende producenter, f.eks. loyalitets- og målrabatter».⁵⁴

På tross av rabattenes generelle karakter kom imidlertid Underretten til at det aktuelle rabattsystemet hadde en innelåsende virkning, og at det måtte anses for å innebære et misbruk av en dominerende stilling. Det ble særlig lagt vekt på den betydelige forskjell i rabatten etter hvilket kvantum som ble kjøpt inn, og den lange referanseperioden som ble benyttet ved

⁵² Sak 322/81, *Michelin I*, avsnitt 80 flg.

⁵³ Sak 322/81, *Michelin I*, Avsnitt 85.

⁵⁴ Sak T-203/01, *Michelin II*, avsnitt 59.

utregningen av rabattene.⁵⁵ Domstolen foretok ingen vurdering av om atferden ville ha negativ virkning for konkurranseprosessen eller forbrukerne i denne avgjørelsen heller.

Eldre rettspraksis legger altså opp til en toleddet vurdering for rabatter. Det tas først stilling til om rabatten reflekterer aktuelle kostnadsbesparelser på grunn av økt effektivitet i produksjonen som følge av større produksjonsvolum. Dersom dette ikke er tilfellet må det vurderes i hvilken grad rabatten medfører at kunden blir bundet til den dominerende aktøren.

Gjennomgangen viser at det ikke har blitt foretatt noen vurdering av atferdens virkninger på konkurranseprosessen eller av atferdens konkurransebegrensende virkninger. EU-domstolen kan altså i liten grad sies å bygge på en virkningsbasert tilnærming til denne formen for misbruk i eldre rettspraksis.

3.4.4 Nærmere om kravet til konkurransebegrensende virkning

I de to foregående kapitlene har jeg behandlet den faktiske vurderingen som er blitt foretatt for rabatter i rettspraksis. Slik gjennomgangen har vist, har ikke EU-domstolen foretatt noen vurdering av rabattenes konkurransebegrensende virkninger i sin praksis. I det følgende vil jeg se nærmere på hvilket syn som kommer til uttrykk i de generelle uttalelsene i rabattsaker.

Slik jeg viste i kapittel 3.2, synes Domstolen allerede i *Hoffmann-La Roche* å bygge på en forståelse om at det må kreves visse virkninger for at en atferd skal anses som et misbruk, selv om det er uklart hvilke virkninger som kreves. I avgjørelsen uttales det at «misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked».⁵⁶ Dette utgangspunktet ble lenge fulgt opp i rabattsaker, senest i *Michelin I*.⁵⁷

Michelin II synes her å innebære en endring av praksis. Underretten uttalte følgende om virkningskravet i avgjørelsen:

«Den «virkning», som ovennævnte retspraksis angår, vedrører ikke nødvendigvis den konkrete virkning af en som misbrug påtalt adfærd. Til fastlæggelse af, om artikel [102] er blevet overtrådt, er det

⁵⁵ Sak T-203/01, *Michelin II*, avsnitt 85 flg.

⁵⁶ Sak 85/19, *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 91.

⁵⁷ Sak 85/19, *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 70.

tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende virksomheds misbrug har til hensigt at begrænse konkurrencen, eller med andre ord, at adfærden er egnet til at have denne virkning».⁵⁸

Underretten sidestiller altså “hensigt” om å begrense konkurransen med at atferden er egnet til å ha en slik virkning. Det er uklart hva som menes med «hensigt» i denne sammenheng. I den engelske versjonen av avgjørelsen brukes «object», et begrep som går igjen i den engelske versjonen av TEUV art. 101 som et alternativ til «effect». I den danske versjonen av TEUV art. 101 brukes «formål» og ikke «hensigt» som alternativ til virkning.

Uttalelsen i *Michelin II* ble fulgt opp i Underrettens avgjørelse i *British Airways*.⁵⁹ Her benyttes imidlertid formuleringen «formål» også i den danske versjonen, og det uttales her følgende:

«Det er i denne henseende tilstrækkeligt at godtgøre, at den adfærd fra den dominerende virksomheds side, som udgør et misbrug, har til formål at begrænse konkurrencen, eller, med andre ord, at adfærden vil eller kan have en sådan virkning.»⁶⁰

Det er uklart hvordan Underrettens formuleringer i de to avgjørelsene skal forstås. Dersom Underretten benytter «formål» i samme betydning som i art. 101, innebærer dette at Underretten anerkjenner at enkelte rabatter er forbudt «per se».⁶¹ Et slikt syn innebærer i så fall en radikal endring sammenliknet med tidligere praksis, og har fått omfattende kritikk i juridisk litteratur.⁶²

Sidestillingen av virkning og hensikt har ikke eksplisitt blitt fulgt opp i rettspraksis fra Domstolen. Domstolen opprettholdt imidlertid Underrettens avgjørelse i *British Airways*, men tok ikke eksplisitt stilling til problemstillingen, og nøyde seg med å forkaste *British Airways* sin anførsel om at atferden ikke hadde hatt innvirkning.⁶³

⁵⁸ Sak 85/19, *Hoffmann-La Roche*, avsnitt 239.

⁵⁹ Sak T-219/99, *British Airways*.

⁶⁰ Sak T-219/99, *British Airways*, avsnitt 293.

⁶¹ Jf. Rousseva 2010 s. 192.

⁶² Se nærmere Rousseva 2010 s. 192, Kolstad & Ryssdal 2007 s. 545 og O'Donoghue og Padilla 2013 s. 267-268

⁶³ Sak C-95/04, *British Airways*, avsnitt 124.

3.5 Rovprising

3.5.1 Innledning

Med rovprising menes en prisstrategi der prisen blir satt under kost med det formål å tvinge eksisterende konkurrenter ut av markedet eller forhindre at nye konkurrenter etablerer seg på markedet.⁶⁴

Av rettspraksis er det klart at slike prisstrategier vil kunne innebære et misbruk av en dominerende stilling. Det har i rettspraksis blitt oppstilt ulike vurderinger for om en bestemt form for prising må anses for å innebære et misbruk. Dels har det blitt sett hen til forholdet mellom kost og pris, dels har det blitt sett hen til formålet med atferden. Når det gjelder forholdet mellom kost og pris har det vært utbredt diskusjon i økonomisk teori knyttet til hvilke kostnader som skal tas i betraktning ved vurderingen. På bakgrunn av oppgavens omfang vil jeg imidlertid ikke gå nærmere inn på dette spørsmålet. Jeg vil i det følgende redegjøre for de ulike vurderingene som har blitt oppstilt gjennom rettspraksis.

3.5.2 Utgangspunktet – *AKZO Chemie*

Den første saken hvor EU-domstolen tok stilling til om en bestemt prisatferd måtte anses for å innebære et misbruk av dominerende stilling var *AKZO Chemie*.⁶⁵ Forholdet var at AKZO Chemie, som var den dominerende aktøren på markedet for kjemiske peroksider, senket prisene på sine meladditiver. Dette var produkter som konkurrenten ECS også produserte, og problemstillingen var om atferden måtte anses for å innebære et misbruk.

I avgjørelsen oppstilte Domstolen to ulike vurderinger. For det første uttalte Domstolen at priser som er under gjennomsnittlig variable kostnader (GVK) alltid vil innebære et misbruk av dominerende stilling. Domstolen begrunnet dette med at en «dominerende virksomhed har nemlig ingen anden interesse i at anvende sådanne priser end den at eliminere sine konkurrenter for efterfølgende at drage fordel af sin monopolstilling til at forhøje sine

⁶⁴ Kommisjonen stiller opp følgende definisjon av rovprising i *DG Commission discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, avsnitt 93: “For the purposes of Article 82 predatory pricing can be defined as the practice where a dominant company lowers its price and thereby deliberately incurs losses or foregoes profits in the short run so as to enable it to eliminate or discipline one or more rivals or to prevent entry by one or more potential rivals thereby hindering the maintenance or the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition”.

⁶⁵ Sak 62/86, *AKZO Chemie*.

priser».⁶⁶ Denne vurderingen er basert på tanker som først ble lansert av økonomene Areeda og Turner i 1975.⁶⁷

For det andre uttalte Domstolen at priser mellom gjennomsnittlig variable kostnader (GVK) og gjennomsnittlige totale kostnader (GTK) også måtte anses å innebære et misbruk når de fastsettes som «led i en plan om at eliminere en konkurrent».⁶⁸

3.5.3 Priser under GVK.

Tanken bak den første vurderingen som ble stilt opp i *AKZO* er at dersom salgsprisen ikke dekker de variable kostnadene som er forbundet med produksjonen, så vil en strategi der de aktuelle enhetene ikke produseres gi et mindre tap. Det må derfor kunne oppstilles en presumsjon om at en rasjonelt handlende aktørs formål med å sette slike priser vil være å skade konkurrentene.⁶⁹

Avgjørelsen i *AKZO* har blitt fulgt opp i rettspraksis, bl.a. i *Tetra Pak II*.⁷⁰ Av praksisen er det klart at det er tilstrekkelig å påvise at prisen er under GVK for at et misbruk skal kunne konstateres. Denne vurderingen bygger klart på en «like effektiv konkurrent»-vurdering, som jeg skisserte i kapittel 2.2.1. I henhold til praksis er det ikke nødvendig å påvise at atferden i tillegg har negativ virkning på konkurranseprosessen eller en konkurransebegrensende virkning.

3.5.4 Priser mellom GVK og GTK

For priser mellom GVK og GTK tok altså Domstolen i *AKZO* utgangspunkt i at det må stilles opp et krav om at prisen er gitt som et ledd i en plan om å eliminere en konkurrent. Det uttales følgende om hvorfor slike priser kan utgjøre et misbruk:

«saadanne priser kan nemlig udelukke virksomheder fra markedet, der maaske er lige så effektive som den dominerende virksomhed, men som ikke er i stand til at modstaa den konkurrence, de udsættes for, som følge af deres mindre økonomiske styrke».⁷¹

⁶⁶ Sak 62/86, *AKZO Chemie*, avsnitt 71.

⁶⁷ Areeda og Turner, i *Harvard Law Review*, 1975

⁶⁸ Sak 62/86, *AKZO Chemie*, avsnitt 72.

⁶⁹ Sak 62/86, *AKZO Chemie*, avsnitt 71.

⁷⁰ Sak C-333/94, *Tetra Pak II*.

⁷¹ Sak 62/86, *AKZO Chemie*, avsnitt 72

Med presiseringen av at slike priser vil kunne skade konkurrenter som er *like effektive* som det dominerende foretaket, synes Domstolen også her å bygge på en «like effektiv konkurrent»-tankegang.

Avgjørelsen i *AKZO* ble fulgt opp i Underrettens avgjørelse i *France Télécom*.⁷² Saken ble senere brakt inn for Domstolen, som traff avgjørelse i saken i april 2009, altså etter publiseringen av Veiledningen. Domstolens avgjørelse behandles nedenfor i kapittel 6.4. Underretten ga i avgjørelsen klart uttrykk for at intensjonsvurderingen er et substitutt for en virkningsbasert vurdering, slik at det ikke er nødvendig å påvise noen konkurransebegrensende virkning av atferden i tillegg. Dette kommer langt tydeligere til uttrykk i den engelske versjonen av dommen, der det uttales at: “[i]f it is shown that the object pursued by the conduct of an undertaking in a dominant position is to restrict competition, that conduct will also be liable to have such an effect”, sammenliknet med den danske versjonen der det uttales at dersom den «markedsdominerende virksomheds adfærd har til formål at begrænse konkurrencen, vil denne adfærd ligeledes kunne have denne virkning».⁷³

Rasjonalet bak den andre vurderingen er ikke like klart som for den første, og den avviker her fra teoriene fremsatt av Areeda og Turner. Etter Areeda og Turners syn ville ikke priser over GVK kunne innebære et misbruk, da slike priser i hvert fall er lønnsomme på kort sikt.⁷⁴

Domstolen gir i liten grad selv noen begrunnelse for vurderingen, og avdekkingen av tanken bak vurderingen må derfor basere seg på antagelser. En mulig begrunnelse kan være en tanke om at atferd med en konkurransebegrensende intensjon gjerne vil kunne medføre en konkurransebegrensende virkning også. Det er imidlertid usikkert om en slik antagelse er holdbar. Det kan muligens også stilles spørsmål ved om vurderingen bygger på en tankegang om at en aktør som handler med en konkurransebegrensende intensjon må tåle inngrep uavhengig av atferdens virkninger.

På bakgrunn av usikkerheten knyttet til om atferden faktisk vil ha en konkurransebegrensende virkning, har det vært en bred diskusjon i teorien knyttet til om det bør oppstilles et vilkår om at den dominerende virksomheten må kunne regne med å dekke inn det tapet det påføres gjennom rovprisingen ved å sette opp prisene i etterkant for at atferden skal kunne anses som et misbruk. Et slikt krav omtales gjerne som et krav om «recoupment», og oppstilles bl.a. i

⁷² Sak T-340/03, *France Telekom*.

⁷³ Sak T-340/03, *France Telekom*, avsnitt 195.

⁷⁴ Se nærmere om dette Whish 2012 s. 741.

amerikansk rett. Den dominerende aktøren prosederte på denne bakgrunn for at det måtte oppstilles et krav om recoupment under Underrettens behandling av *France Télécom*. Underretten slo imidlertid fast at det ikke var grunnlag for å oppstille et slikt vilkår i EU-retten, men uttalte at recoupment kunne være en relevant faktor ved vurderingen av om en bestemt praksis må anses for å innebære et misbruk.⁷⁵

3.6 Selektiv prisnedsettelse

Når det gjelder priser over GTK, vil ikke disse kunne rammes av vurderingene som ble oppstilt i *AKZO*, og kan ikke anses som rovprising. Hvorvidt slike priser likevel kan anses for å innebære et misbruk har vært et omdiskutert spørsmål.⁷⁶ I rettspraksis er det imidlertid enkelte eksempler på at priser over GTK har blitt ansett for å utgjøre et misbruk.

En sentral sak i denne sammenheng er den såkalte *Compagnie Maritime Belge Transports*.⁷⁷ Forholdet i saken var at et samarbeid mellom flere rederier, en såkalt linjekonferanse, satte opp avganger så nær i tid som mulig til avgangene til en ny konkurrent, samtidig som linjekonferansen opererte med reduserte priser på disse avgangene. Prisene ble imidlertid ikke redusert til under kost. Spørsmålet var om denne atferden måtte anses for å innebære et misbruk.

Domstolen tok i avgjørelsen først utgangspunkt i at de formene for misbruk som listet opp i art. 102 ikke er uttømmende, men viste til at også andre typer atferd som i «væsentlig grad hindrer konkurransen» også vil kunne innebære et misbruk.⁷⁸

I den nærmere vurderingen av atferden ble det uttalt at det ikke var nødvendig å ta stilling til hvilken adgang det er til å foreta en selektiv prisnedsettelse generelt. Domstolen foretok i stedet en svært konkret vurdering på bakgrunn av forholdene i saken, og kom til at atferden måtte anses for å innebære et brudd på art. 102. Det var i saken tale om et marked med allerede betydelig svekket konkurranse som følge av samarbeidet i linjekonferansen. I den nærmere vurderingen påpekte Domstolen særlig at prisen var det «væsentligste eller eneste» konkurranseparameter, at det dominerende foretaket hadde en markedsandel på 90 % og at det

⁷⁵ Sak T-340/03, *France Telekom*, avsnitt 226-228.

⁷⁶ Se nærmere Whish 2012 s. 749-750 med videre henvisninger.

⁷⁷ Sak C-395/96, *Compagnie Maritime Belge Transports*.

⁷⁸ Sak C-395/96, *Compagnie Maritime Belge Transports*, avsnitt 112-113.

var klart at formålet med atferden var å fortrenge konkurrenten.⁷⁹ Det ble ikke foretatt noen nærmere vurdering av atferdens virkning på konkurranseprosessen eller forbrukerne i avgjørelsen.

Det er få andre eksempler i tidligere praksis på at Domstolen har kommet til at selektiv prisnedsettelse har innebåret et misbruk, og praksis gir ikke noe klart svar på hva som skal til. I henhold til Kolstad og Ryssdal vil selektiv prisnedsettelse kun være et misbruk der prisatferden er en del av en klar strategi om å eliminere en konkurrent, og der prisen er det vesentligste eller eneste konkurranseparameter som konkurrenten har.⁸⁰

3.7 Leverings- og lisensnektelser

3.7.1 Innledning

I utgangspunktet må aktører på et marked ha en handlefrihet til å velge hvem de ønsker å inngå avtaler med, dette gjelder også for dominerende aktører.⁸¹ Av rettspraksis er det imidlertid klart at et dominerende foretaks nektelse av å inngå en avtale under visse omstendigheter vil kunne innebære et misbruk. Dette gjelder for materielle goder, så vel som for immaterielle rettigheter. Jeg vil først ta for meg praksis i tilknytning til materielle goder, før jeg så vil se nærmere på praksis i tilknytning til immaterielle rettigheter.

3.7.2 Tidlig praksis - *Commercial Solvents* og *Telemarketing*

Commercial Solvents var en av de første sakene der spørsmål om leveringsnektelser var oppe for Domstolen.⁸² *Commercial Solvents* drev med fremstilling av det kjemiske produktet aminobutanol, som bl.a. ble benyttet til å produsere tuberkulosemedisiner. Forholdet var at *Commercial Solvents* nektet å levere aminobutanol til Zoja, noe selskapet hadde gjort i mange år. Bakgrunnen for nektelsen var at *Commercial Solvents* selv ønsket å starte produksjon av tuberkulosemedisiner. Spørsmålet var om nektelsen måtte anses for å innebære et misbruk av dominerende stilling.

⁷⁹ Sak C-395/96, *Compagnie Maritime Belge Transports*, avsnitt 117 og 119.

⁸⁰ Kolstad og Ryssdal 2007 s. 501.

⁸¹ Se eksempelvis Kommisjonenes veiledning avsnitt 75.

⁸² Forente saker 6 og 7/73, *Commercial Solvents*.

Domstolen kom til at Commercial Solvents hadde en dominerende stilling på markedet for produksjon av aminobutanol, og at virksomhetens atferd innebar et misbruk. Av premissene følger det at:

«en sådan virksomhed, som har en dominerende stilling på området for fremstilling af råmaterialer og af denne grund er i stand til at kontrollere leveringerne til fabrikanter af følgeprodukter, kan imidlertid ikke, fordi den beslutter selv at påbegynde produktionen af disse følgeprodukter, en beslutning, hvorved den selv bliver konkurrent til sine tidligere kunder, handle således, at den eliminerer en af hovedprodusentene af ethambutol inden for fællesmarkedet...»⁸³

Allerede gjennom *Commercial Solvents* synes sentrale vilkår for vurderingen å være etablert. For det første må det foreligge en nektelse av å inngå en avtale, for det andre må det være tale om to separate markeder. Begge disse vilkårene reiser kompliserte spørsmål. På grunn av oppgavens tema vil jeg imidlertid ikke gå nærmere inn på disse vilkårene.⁸⁴

Når det gjelder virkningene av atferden fokuserte Domstolen altså på at virkningen var at «en av hovedprodusentene» elimineres. Det ble ikke stilt opp noe vilkår om virkning for konkurranseprosessen, ei heller noe krav om konkurransebegrensende virkning.

Den neste sentrale dommen var *Telemarketing*.⁸⁵ Forholdet i saken var at selskapet CLT, som drev flere fjernsynskanaler, satte som et vilkår for annonsører på kanalene at det i reklamene som ble sendt kun ble oppgitt telefonnummeret til kanalenes egne telefonsalgstjenester. Selskapet CBEM, som selv tilbød telefonsalgstjenester, mente at dette vilkåret innebar et misbruk av selskapets dominerende stilling og brakte saken inn for nasjonale domstoler, som i denne anledning ba EU-domstolen om en prejudisiell avgjørelse. Det ene spørsmålet som ble forelagt Domstolen var om en slik opptreden måtte anses for å innebære et misbruk av dominerende stilling.

Domstolen kom til at atferden måtte anses for å være et misbruk av dominerende stilling. I avgjørelsen ble det uttalt at:

«Det anførte gjelder ligeledes for en virksomhed, som har en dominerende stilling på markedet for en tjenesteydelse, der er absolut nødvendig for en anden virksomheds aktiviteter på et andet marked. Hvis, som allerede fastslået af den nationale ret i forlæggelseskendelsen, tv-markedsføring er et marked, som

⁸³ Forente saker 6 og 7/73, *Commercial Solvents*, avsnitt 25.

⁸⁴ For en nærmere redegjørelse for disse, se eksempelvis O'Donoghue og Padilla 2013 kapittel 10 eller Rousseva 2010 kapittel 3.

⁸⁵ Sak 311/84, *Telemarketing*.

adskiller sig fra markedet for det valgte reklamemedium, skønt det er snævert knyttet til dette, og hvis denne reklameform hovedsagelig består i at stille tv-markedsføringsvirksomhedens omstillingsbord og telefonister til rådighed for annoncørerne, indebærer et krav - ved salg af antenntid - om anvendelse af det selskabs omstillingsbord, som står for reklameudsendelserne, og som tilhører samme koncern som tv-stationen, at denne tv-station nægter at levere tjenesteydelser til enhver anden tv-markedsføringsvirksomhed. Hvis denne leveringsnægtelse tilmed ikke er begrundet i tekniske eller handelstekniske krav, som vedrører tv-mediet, men har til formål at forbeholde dette reklamebureau al tv-markedsføring over nævnte station, med fare for, at al konkurrence fra en tredje virksomhed udelukkes, må denne adfærd anses for misbrug, som er omfattet af forbudet efter artikel [102], hvis de øvrige kriterier for at anvende bestemmelsen er opfyldt»⁸⁶

Domstolen fremhevet at det var tale om en ytelse som var «absolut nødvendig» for den andre virksomhetens aktiviteter. Dette vilkåret har nær sammenheng med hvilken virkning atferden kan ha. Dersom ytelsen ikke er nødvendig for konkurrenten eller for produksjonen av den aktuelle vare i det hele tatt, vil det være vanskelige å tenke seg at nektelsen vil kunne ha en konkurransebegrensende virkning.

Når det gjelder virkningen av atferden synes Domstolen å ha fokus på virkningen for den aktuelle konkurrenten. Det ble ikke foretatt noen vurdering av om atferden vil ha en negativ virkningen for konkurranseprosessen eller en konkurransebegrensende virkning.

3.7.3 Nyere praksis – *Oscar Bronner*

En sentral sak fra nyere tid er Domstolens avgjørelse i *Oscar Bronner*.⁸⁷ Saken gjaldt spørsmål om det var i strid med forbudet mot utnyttelse av en dominerende stilling da det etablerte selskapet Mediaprint nektet konkurrenten Oscar Bronner tilgang til sitt distribusjonssystem for aviser.

Domstolen stilte også i denne avgjørelsen opp et krav om at den aktuelle ytelsen var nødvendig. Domstolen uttalte her følgende om nødvendighetsvurderingen:

«For det første er det ubestridt, at der findes andre former for distribution af dagblade, som f.eks. udbringning via postvæsenet og salg i forretninger og kiosker. Selv om de nævnte former måtte være mindre fordelagtige i relation til distributionen af visse dagblade, anvendes de af dagbladsudgivere.

⁸⁶ Sak 311/84, *Telemarketing*, avsnitt 26.

⁸⁷ Sak C-7/97, *Oscar Bronner*.

Endvidere er der ifølge det oplyste hverken tekniske, retlige eller endog økonomiske forhold, der kan medføre, at det for enhver anden udgiver af dagblade vil være umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig, alene eller i samarbejde med andre udgivere, at opbygge sin egen landsdækkende udbringningsordning og anvende den ved distributionen af sine egne dagblade»⁸⁸

Domstolen la altså opp til en vurdering der det først må tas stilling til om det finnes noen alternative distribusjonsmåter. Dersom det ikke er tilfellet må det foretas en vurdering av om det er mulig for konkurrentene å bygge opp et tilsvarende distribusjonssystem som det dominerende foretaket har bygget opp. Domstolen understreker her at det for denne vurderingen ikke kan tas utgangspunkt i om det er økonomisk forsvarlig for den aktuelle konkurrenten å bygge opp et tilsvarende system, men at vurderingen må bero på om det er økonomisk forsvarlig for et foretak med et tilsvarende opplag som det dominerende foretaket.⁸⁹

Avgjørelsen innebærer altså en endring sammenliknet med den tidligere praksis ved at fokuset er flyttet fra virkningen for den enkelte konkurrent til virkningen for konkurranseprosessen. Det stilles imidlertid ikke opp noe krav om at atferden har en konkurransebegrensende virkning. Endring av fokuset fra virkning for en konkurrent til virkning for konkurranseprosessen innebærer likevel at vurderingen i større grad fanger opp atferd som vil ha en konkurransebegrensende virkning. Dette går jeg nærmere inn på i kapittel 4.

3.7.4 Lisensnektelser

Flere saker om nektelse av å gi lisenser til immaterielle rettigheter har vært oppe for EU-domstolen i eldre praksis. Avgjørelsene viser en viss forskjell på den vurderingen som oppstilles sammenliknet med vurderingen av ordinære leveringsnektelser. I det følgende vil jeg gå gjennom hovedtrekkene i praksis.

En første sentral sak er i denne sammenheng Domstolens avgjørelse i *Magill*.⁹⁰ Forholdet i saken var at selskapet Magill ønsket å utgi en ukentlig oversikt over tv-programmene som skulle gå på de ulike kanalene. TV-kanalene nektet imidlertid å formidle den nødvendige informasjonen til Magill. Kanalene ga selv ut ukentlige oversikter for den enkelte kanal, og dagsavisene var gitt lov til å publisere informasjon om hvilke programmer som skulle gå 1-2

⁸⁸ Sak C-7/97, *Oscar Bronner*, avsnitt 43-44.

⁸⁹ Sak C-7/97, *Oscar Bronner*, avsnitt 45-46, jf. Rousseva 2010 s. 95.

⁹⁰ Forente saker C-241 og 242/91, *Magill*.

dager i forveien. Det fantes imidlertid ikke noen ukentlig oversikt der programmet til flere kanaler var tatt inn. Spørsmålet for Domstolen var om denne nektelsen måtte anses for å innebære et misbruk av dominerende stilling.

Domstolen tok i avgjørelsen utgangspunkt i at nektelse av å gi lisens til en immateriell rettighet kunne innebære et misbruk i «særlige tilfeller».⁹¹ Domstolen bygget videre på følgende momenter i sin vurdering:

«Appellanternes nægtelse af at stille de pågældende oplysninger til rådighed under henvisning til de nationale regler om ophavsret forhindrede således, at der blev skabt et nyt produkt — et komplet ugentligt tv-program — som appellanterne ikke udbød til salg, og som der var en potentiel efterspørgsel på fra forbrugernes side, hvilket udgør et misbrug i henhold til traktatens artikel [102], stk. 2, litra b). 55

For det andet var nægtelsen af at stille de pågældende oplysninger til rådighed ikke begrundet i særlige forhold for radio- og tv-spredningsvirksomheden eller virksomheden med udgivelse af tv-blade (...)

Endelig betød appellanternes adfærd for det tredje — som også fastslået af Retten — at de forbeholdt et afledt marked, nemlig markedet for ugentlige tv-programblade, for sig selv og dermed udelukkede enhver konkurrence på dette marked (...) idet appellanterne nægtede at give adgang til de oplysninger, der er det nødvendige basismateriale for et sådant blad.»⁹²

Domstolen bygget altså på at det skal mer til for at lisensnektelser skal innebære et misbruk, sammenliknet med ordinære leveringsnektelser, men kom til at det i denne saken forelå slike «særlige omstendigheter» at atferden måtte anses for å innebære et misbruk. Avgjørelsen er imidlertid uklar når det gjelder forholdet mellom de opplistede momentene, og om disse må anses som vilkår for at et misbruk skal kunne konstateres.⁹³

Magill ble senere fulgt opp i Domstolens avgjørelse *IMS Health*, en foreleggelsessak fra Landgericht Frankfurt am Main.⁹⁴ Spørsmålet i saken var om en nektelse av å gi tilgang til en databank måtte anses for å innebære et misbruk av dominerende stilling. Domstolen tar utgangspunkt i *Magill*, og uttaler følgende om vurderingen som må foretas:

«Det fremgår af denne retspraksis, at det for at der foreligger misbrug, når en virksomhed, der er indehaver af en ophavsret, nægter at give adgang til et produkt eller en tjenesteydelse, der er nødvendig for at udøve en given aktivitet, er tilstrækkeligt, at tre kumulative betingelser er opfyldt, nemlig at

⁹¹ Forente saker C-241 og 242/91, *Magill*, avsnitt 50.

⁹² Forente saker C-241 og 242/91, *Magill*, avsnitt 54-56.

⁹³ Tilsvarende Østerud 2010 s. 224.

⁹⁴ Sak C-418/01, *IMS Health*.

nægtelsen er til hinder for fremkomsten af et nyt produkt, som der er en potentiel efterspørgsel på fra forbrugernes side, at den er ubegrundet, og at den vil udelukke enhver konkurrence på et afledt marked.»⁹⁵

Avgjørelsen innebærer altså en klargjøring sammenliknet med *Magill* ved at Domstolen eksplisitt fremhevet at tre kumulative vilkår måtte være oppfylt. Når det gjelder vurderingen Domstolen la opp til, skiller denne seg fra sakene om ordinære leveringsnektelser ved at Domstolen stilte opp et vilkår om at nektelsen må være til hinder for fremkomsten av et nytt produkt for at den skal anses for å innebære et misbruk.

Den neste sentrale avgjørelsen i tilknytning til lisensnektelser var Underrettens avgjørelse i *Microsoft*.⁹⁶ Forholdet i saken var at Microsoft, som hadde en dominerende stilling på markedet for operativsystemer til personlige datamaskiner, nektet å gi informasjon til konkurrenter på markedet for servere som gjorde serverne interoperable med de personlige datamaskinene. Problemstillingen var altså om nektelsen innebar et misbruk av dominerende stilling. Underretten uttalte her følgende om den vurdering som måtte foretas:

«Omstændigheden vedrørende fremkomsten af nye produkter, således som den blev taget i betragtning i *Magill*-dommen og *IMS Health*-dommen (...) kan ikke være den eneste parameter, der kan afgøre, om afslag på at meddele licens til udnyttelse af en intellektuel ejendomsrettighed kan skade forbrugerne som omhandlet i artikel [102], stk. 2, litra b), EF. Således som det fremgår af bestemmelsens ordlyd, kan en sådan skade ikke alene forekomme, når der er tale om begrænsning af produktionen eller afsætningen, men også, når der er tale om begrænsning af den tekniske udvikling.

Det er på grundlag af den sidstnævnte mulighed, Kommissionen tager stilling i den anfægtede beslutning. Den finder således, at Microsofts påtalte afslag begrænser den tekniske udvikling til skade for forbrugerne som omhandlet i artikel [102], stk. 2, litra b) (...) og forkaster Microsofts påstand om, at det ikke er godtgjort, at afslaget skader forbrugerne.

Retten finder, at de konklusjoner, Kommissionen drager i de i den foregående præmis nævnte betragtninger, ikke er åbenbart feilagtige.»⁹⁷

Avgjørelsen kan muligens synes å legge opp til et bredere anvendelsesområde for art. 102 når det gjelder lisensnektelser sammenliknet med tidligere praksis, ved at frembringelse av et nytt produkt ikke ble ansett som et absolutt vilkår for at et misbruk kunne konstateres. Underretten

⁹⁵ Sak C-418/01, *IMS Health*, avsnitt 38.

⁹⁶ Sak T-201/04, *Microsoft*.

⁹⁷ Sak T-201/04, *Microsoft*, avsnitt 647-648.

bygget imidlertid avgjørelsen på ordlyden i art. 102(2) bokstav b, og avgjørelsen blir på denne bakgrunn ikke ansett for å være i strid med den tidligere praksisen av flere forfattere.⁹⁸

Synspunktene som kommer til uttrykk i *Microsoft* er ikke fulgt opp i Domstolens praksis fra før Veiledningen, og det nærmere anvendelsesområdet for art. 102 på dette området var derfor noe uklart. Uavhengig av hvilke omstendigheter som kan anses for å utgjøre «særlige tilfeller», viser imidlertid praksis at det må foretas en vurdering av om atferden medfører skade på den dynamiske effektiviteten. Kolstad og Ryssdal gir en god forklaring av vurderingen som foretas i *Norsk Konkurranserett*. Det uttales her følgende:

«EF-domstolen respekterer m.a.o. at en utnyttelse av en immaterialrettighet kan føre til redusert konkurranse og redusert allokeringseffektivitet på markedene for de produkter som produseres på basis av en immaterialrettighet, uten at dette representerer et misbruk av en dominerende stilling. Derimot vil det etter EF-domstolens praksis kunne innebære et misbruk av en dominerende stilling dersom utnyttelsen innebærer et effektivitetstap som er en konsekvens av at den nye kunnskapen ikke blir tatt i bruk.»⁹⁹

EU-domstolen må dermed kunne sies å ha inntatt en ganske virkningsbasert tilnærming på dette området.

3.8 Marginskvis

3.8.1 Innledning

Marginskvis er en type misbruk som bare kan finne sted der det eksisterer et vertikalt integrert foretak som innehar en dominerende stilling på et oppstrømsmarked. På nedstrømsmarkedet vil derfor både datterselskapet i det vertikalt integrerte foretaket og dets konkurrenter være avhengige av leveranser fra morselskapet i det vertikalt integrerte foretaket. Dersom foretaket øker innkjøpsprisen til konkurrentene på nedstrømsmarkedet, men beholder datterselskapets endelige videresalgspris til forbrukerne vil konkurrentenes profittmargin skvises. Det samme vil skje dersom videresalgsprisene til konkurrentene beholdes uendret mens den endelige prisen til forbrukerne senkes.¹⁰⁰ Denne typen atferd fra det dominerende foretaket omtales gjerne som marginskvis, og etter rettspraksis er det klart at slik atferd vil kunne innebære et

⁹⁸ Se blant annet Østerud 2010 s. 233 og O'Donoghue og Padilla 2013 s. 556.

⁹⁹ Kolstad/Ryssdal 2006 s. 577.

¹⁰⁰ Se bl.a. sak T-5/97, *Industrie des Poudres Speriquest*, avsnitt 178 der marginskvis forklares.

misbruk. I det videre vil det redegjøres for hvordan denne typen atferd har blitt behandlet i eldre rettspraksis.

3.8.2 Behandlingen praksis – en «like effektiv konkurrent»-vurdering

Det er sparsomt med saker som omhandler marginskvis i eldre praksis. Så vidt vites er det eneste eksempelet Underrettens avgjørelse i *Industrie des Poudres Sphériques (IPS)*.¹⁰¹

Saken gjaldt PEM som hadde en dominerende stilling på oppstrømsmarkedet for produksjon av kalsium, samtidig som selskapet var tilstede på nedstrømsmarkedet for derivater av kalsium. På nedstrømsmarkedet konkurrerte PEM blant annet med firmaet IPS, og spørsmålet i saken var om kalsiumprisen PEM krevde fra IPS måtte anses for å innebære et misbruk i form av en marginskvis. Underretten kom til at atferden ikke kunne anses for å innebære en marginskvis, og uttalte følgende i sin begrunnelse:

«På baggrund af de foranstående betragtninger vedrørende berettigelsen af de meromkostninger, som var inkluderet i PEM's pristilbud af 21. juni 1995, må det imidlertid konstateres, at sagsøgerens klagepunkter, hvorefter den af PEM forlangte pris ville føre til, at IPS blev udelukket fra markedet, må forkastes, idet sagsøgeren ikke har godtgjort, at selve forudsætningen for selskabets ræsonnement er opfyldt, nemlig at priserne på råvarerne er urimelige. Hvis PEM hverken forlanger urimelige priser for råvaren, dvs. det rå calciummetal med lavt iltindhold, eller kræver overpriser for det afledte produkt, dvs. det granulerede calciummetal, berettiger sagsøgerens manglende fortsatte konkurrencedygtighed på markedet for det afledte produkt — som formentlig skyldes, at sagsøgeren har højere forarbejdningsomkostninger — ikke til at betegne PEM's prispolitik som misbrug. Det bemærkes, at en producent — også selv om han indtager en dominerende stilling — ikke er forpligtet til at sælge sine varer til en pris, som er lavere end produktionsomkostningerne.

Desuden har sagsøgeren ikke godtgjort, at prisen for calciummetal med lavt iltindhold kan udelukke en effektiv konkurrent fra markedet for granuleret calciummetal.»¹⁰²

Underretten tok altså først utgangspunkt i en vurdering av om prisene var urimelige. Etter at Underretten hadde konkludert med at dette ikke var tilfellet, ble det vist til at det heller ikke var bevist at prisingen kunne utelukke en effektiv konkurrent fra markedet. Underretten bygget altså på en «like effektiv konkurrent»-vurdering.

¹⁰¹ Sak T-5/97 *Industrie des Poudres Sphériques*

¹⁰² Sak T-5/97, *Industrie des Poudres Sphériques*, avsnitt 179-180.

Det ble ikke foretatt noen nærmere vurdering av atferdens konkurransebegrensende virkninger i avgjørelsen. Slik jeg vil komme nærmere inn på i kapittel 4, er det ikke nødvendigvis noen sammenheng mellom eksklusjonen av en like effektiv konkurrent og konkurransebegrensende virkning.

3.9 Diskriminering

3.9.1 Innledning

Med diskriminering menes i denne sammenheng at det gis ulike betingelser for forskjellige kunder. Det følger direkte av art. 102 bokstav c at diskriminering kan innebære et misbruk. Av ordlyden følger det at "[m]isbruk kan især bestå i (...) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi overfor handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen".

Man kan operere med to hovedkategorier av diskriminering, basert på hvor virkningene av diskrimineringen inntreffer. Den første kategorien er tilfeller hvor atferden vil kunne ha virkninger på det markedet hvor det dominerende foretaket selv opererer. Den andre kategorien er tilfeller der atferden har virkninger i markedet hvor kundene til det dominerende foretaket opererer, men der det dominerende foretaket ikke selv er til stede. Ordlyden i art. 102 bokstav c synes primært å relatere seg til denne situasjonen.

Det dominerende foretakets insentiver og de sannsynlige virkningene av atferden vil langt på vei avhenge av konkrete omstendigheter, noe som kan tilsi at tilfellene også må behandles forskjellig.¹⁰³ Rettspraksis viser også en rekke nyanser i Domstolens tilnærming, noe som gjør det utfordrende å tegne et overordnet bilde av praksis. Med utgangspunkt i bestemmelsens vilkår vil jeg i det følgende forsøke å gjøre rede for hovedlinjene.

3.9.2 Vurderingen av diskriminering i rettspraksis

Av bestemmelsen følger det at det må være gitt «ulige vilkår for ydelser af samme værdi». Ordlyden legger altså opp til en sammenlikning av ytelsene og vilkårene i forskjellige transaksjoner. I rettspraksis ble det tidlig slått fast at vilkåret både rammet tilfeller der det ble stilt forskjellige vilkår for like transaksjoner og tilfeller der det ble stilt like vilkår for

¹⁰³ Se nærmere O'donoghue og Padilla 2013 på s. 779 for en nærmere redegjørelse om dette.

forskjellige transaksjoner.¹⁰⁴ Sammenlikningen det legges opp til kan innebære en vanskelig vurdering, men det faller utenfor oppgavens rammer å gå nærmere inn på dette.¹⁰⁵

Bestemmelsen oppstiller videre et krav om at «handelspartnerne stilles ringere i konkurransen». Av ordlyden forstås vilkåret som at atferden må ha negative konsekvenser for en av kundenes konkurranseevne sammenliknet med dens konkurrenter. I dette må det for det første ligge et krav om at foretakene er konkurrenter.

Når det gjelder den nærmere virkningen er det naturlig å forstå ordlyden dit hen at er tilstrekkelig at atferden går ut over den enkelte kunden og at det ikke kreves noen negativ virkning på konkurranseprosessen eller for forbrukerne. Bestemmelsen gir ikke noen nærmere veiledning om hva som skal til for at en slik virkning skal kunne påvises.

På tross av bestemmelsens ordlyd, synes ikke EU-domstolen å operere med noe krav om negativ virkning for en konkurrent engang i den tidligste praksisen. *Suiker Unie* er her et godt eksempel. Det dominerende foretaket hadde i saken anført at Kommisjonen ikke hadde bevist at anvendelsen av rabattsystemet medførte noen negativ virkning for den aktuelle kunden. Domstolen avviste dette synspunktet, og bemerket kun at «[i]midlertid er der visse av SZV's købere (...) der står i et konkurrenceforhold til andre av selskabets købere».¹⁰⁶ Domstolen synes her å bygge på en presumsjon om at dersom kundene konkurrerer, så vil ulike vilkår medføre at den ene av kundene stilles dårligere i konkurransen.

Her har det imidlertid skjedd en utvikling i praksis. Et godt eksempel i denne sammenheng er Domstolens avgjørelse i *British Airways*, som gjaldt spørsmål om British Airways sitt rabattsystem for reisebyråer innebar en diskriminering.¹⁰⁷ Domstolen uttalte her følgende om kravet til virkning:

«Følgelig skal det, for at betingelserne for anvendelse af artikel [102], stk. 2, litra c), EF er opfyldt, fastslås, at en dominerende virksomheds adfærd på et marked ikke blot er diskriminerende, men at den ligeledes tilsigter at fordreje dette konkurrenceforhold, dvs. hæmme en del af denne virksomheds handelspartners konkurrencemæssige stilling i forhold til andres»¹⁰⁸

¹⁰⁴ Sak 13/63 *Italia mot Kommisjonen*, avsnitt 4.

¹⁰⁵ Nærmere om dette se eksempelvis O'Donoghue og Padilla 2013 s. 789 flg. eller Kolstad og Ryssdal 2007 s. 595 flg.

¹⁰⁶ Forente saker 40-48, 50, 54-46, 111, 113 og 114-73/1976, *Suiker Unie*, avsnitt 525, jf. Kolstad og Ryssdal 2007 s. 602.

¹⁰⁷ Sak C-95/04, *British Airways*.

¹⁰⁸ Sak C-95/04, *British Airways*, avsnitt 144.

Domstolen bygget her på en forståelse om at atferden må ha negativ virkning for den bestemte konkurrenten, men stilte altså ikke opp noe krav om at atferden må ha en konkurransebegrensende virkning.¹⁰⁹

På et bestemt område kan det imidlertid synes som om eldre rettspraksis bygget på at det ikke var nødvendig å påvise noen negativ virkning for en bestemt konkurrent heller, nemlig for nasjonalitetsbestemt diskriminering.¹¹⁰ Kommisjonen tok eksplisitt til orde for en slik forståelse i *1998 Football World Cup*.¹¹¹ I henhold til Kolstad og Ryssdal må det manglende virkningskravet her forstås på bakgrunn av det generelle forbudet mot nasjonalitetsbestemt diskriminering i art. 12 og integrasjonshensynet.¹¹²

De hovedlinjer som har blitt trukket opp så langt kan gi et inntrykk av at nesten enhver forskjellsbehandling av kunder fra et dominerende foretak har blitt ansett for å innebære ulovlig diskriminering. Dette er imidlertid ikke tilfellet. Det er i hovedsak i to ulike situasjoner at EU-domstolen har slått ned på slik atferd: enten der forskjellsbehandlingen har blitt foretatt av et vertikalt integrert foretak eller ved nasjonalitetsbestemt diskriminering.

Det er likevel enkelte eksempler på at saker uten noen av disse kjennetegnene har blitt ansett for å innebære diskriminering. De allerede nevnte avgjørelsene *Suiker Unie* og *Hoffmann La Roche* er to sentrale eksempler her.¹¹³ O'Donoghue og Padilla har gjennom en undersøkelse av rettspraksis funnet følgende kjennetegn ved avgjørelser der EU-domstolen har kommet til at det er tale om diskriminering: det dominerende foretaket er en uunngåelig handelspartner, diskrimineringen er omfattende slik at det diskriminerte foretaket betaler betydelig mer enn konkurrentene, diskrimineringen varer over en viss tid og den aktuelle ytelsen representerer en betydelig del av kundens kostnader. Det påpekes også at i alle sakene der EU-domstolen har kommet til at det foreligger diskriminering, så har det dominerende foretaket også blitt funnet skyldig i andre former for misbruk.¹¹⁴ Av praksis synes det altså som om det skal mye til for at en forskjellsbehandling skal anses for å være diskriminering.

Oppsummert viser gjennomgangen av rettspraksis at EU-domstolen i liten grad kan sies å ha bygge på en virkningsbasert tilnærming på dette området. I ordinære saker har altså praksis

¹⁰⁹ Tilsvarende Østerud 2010 s. 117.

¹¹⁰ Se nærmere om dette Kolstad og Ryssdal 2007 s. 606-607 og O'Donoghue og Padilla 2013 s. 816.

¹¹¹ OJ 2000 L5/55 avsnitt 100.

¹¹² Kolstad og Ryssdal 2007 s. 607.

¹¹³ For en nærmere gjennomgang av praksis, se O'Donoghue og Padilla 2013 s. 810-814 her.

¹¹⁴ O'Donoghue og Padilla 2013 s. 813-814.

bygget på at en negativ virkning for en konkurrent er tilstrekkelig for å konstatere at et misbruk foreligger. For nasjonalitetsbestemt diskriminering synes det som om det ikke har blitt krevd noen negativ virkning for en konkurrent engang.

4 Det gjennomgående inntrykket av eldre praksis

4.1 Innledning

Slik gjennomgangen har vist bygget rettspraksis på en rekke ulike vurderinger, og EU-domstolen har altså valgt å ikke basere seg på en universell tilnærming.

Når det gjelder kravet til virkninger bygget de generelle uttalelsene i rettspraksis i all hovedsak på at det måtte kreves en negativ virkning for at et misbruk skulle kunne konstateres, men det nærmere innholdet av virkningskravet var altså uklart. I de konkrete misbruksvurderingene viser gjennomgangen at det var store forskjeller mellom de ulike vurderingene hva gjelder krav om virkning.

Dersom det forutsettes at rettspraksis bygger på skade for forbrukerne som den relevante størrelsen for vurderingen, kan man foreta en inndeling i ulike kategorier av misbruksvurderinger basert på hvilke presumsjoner vurderingene baserer seg på. Jeg vil foreta en slik inndeling i kapittel 4.2. Videre vil jeg foreta en vurdering av i hvilken grad de ulike vurderingene er egnet til å fange opp atferd som medfører konkurransebegrensende virkninger, i kapittel 4.3.

4.2 Ulike vurderingskategorier

Den første kategorien vurderinger kan kalles for «innelåsningsvurderinger». Disse vurderingene bygger på en presumsjon om at atferd som vil gjøre det vanskelig for kundene å bytte til en annen leverandør enn det dominerende foretaket vil ha en konkurransebegrensende virkning. Slik gjennomgangen har vist, bygget rettspraksis på en slik vurdering av eksklusivitetsavtaler, eksklusivitetsrabatter og ordinære rabatter.

Den andre kategorien av vurderinger kan kalles for «eksklusjonsvurderinger». Disse vurderingene bygger enten på en presumsjon om at en eksklusjon av en konkurrent eller en skade på konkurranseprosessen vil medføre en konkurransebegrensende virkning.

Rettspraksis stilte opp en slik vurdering for diskriminering, der fokuset var på virkningen for

en enkelt konkurrent. Rettspraksis bygget også på en eksklusjonsvurdering for ordinære leveringsnektelser, men fokuset var her på virkningen for konkurranseprosessen.

Den tredje kategorien av vurderinger er «like effektiv konkurrent»-vurderinger. Disse vurderingene baserer seg på en presumsjon om eksklusjon av en konkurrent som er like effektiv som, eller mer effektiv enn, det dominerende foretaket også vil ha en konkurransebegrensende virkning. Rettspraksis må bygget på en slik vurdering av marginskvis, samt ved vurderingen av rovprising under GVK. Når det gjelder priser mellom GVK og GTK oppstilte rettspraksis, som vist, et vilkår om intensjon, og vurderingen kan dermed ikke sies å være en ren «like effektiv konkurrent»-vurdering på dette punktet.

En vurdering som ikke passer godt inn under noen av de opplistede kategoriene er vurderingen av selektive prisnedsettelse. Rettspraksis bygget, som vist, på en særegen vurdering for denne typen misbruk. På tross av dette unntaket mener jeg de oppstilte kategoriene gir et godt bilde av de ulike vurderingene som foretas.

Slik gjennomgangen har vist, er det altså kun vurderingen av lisensnektelser som kan sies å legge opp til en egentlig virkningsvurdering. Med oppstillingen av vilkåret om at nektelsen må hindre fremveksten av et nytt produkt, eller medføre en begrensning av den teknologiske utviklingen, la rettspraksis opp til en vurdering av virkningen for den dynamiske effektiviteten.

4.3 Betraktninger om de ulike vurderingene

I dette kapittelet vil jeg forsøke å foreta en vurdering av i hvilken grad de ulike vurderingene er egnet til å motvirke konkurransebegrensende virkninger.

De såkalte «innelåsingsvurderingene» er den mest formbaserte kategorien av vurderinger blant de opplistede. Vurderingene bygger på en presumsjon om at innelåsende atferd vil ha en konkurransebegrensende virkning. Selv om dette ikke nødvendigvis er tilfellet, synes en slik presumsjon forholdsvis plausibel. På tross av at vurderingen er svært formbasert, er det derfor ikke sikkert at forekomsten av feilaktige inngrep og feilaktige frifinnelser er avskrekkende høyt under en slik vurdering. De potensielle konkurransebegrensende virkningene av denne typen atferd vil imidlertid langt på vei være avhengige av det dominerende foretaks markedsandeler og utbredelsen av atferden. Dette er momenter som de oppstilte vurderingene

ikke tok hensyn til, og som sannsynligvis medførte en del feilaktige inngrep og feilaktige frifinnelser.

Når det gjelder de såkalte «eksklusjonsvurderingene», må det skilles mellom vurderinger som fokuserer på virkning for en konkurrent, og vurderinger som fokuserer på en virkning for konkurranseprosessen. Vurderinger som fokuserer på virkningen for en konkurrent, vil jo også beskytte lite effektive aktører. Eksklusjon av lite effektive aktører er en naturlig del av konkurransen, og vil ofte ikke ha noen konkurransebegrensende virkninger. Slike vurderinger bygger altså på en lite treffende presumsjon. Slik jeg allerede har nevnt er det kun vurderingen av diskriminering som bygget på denne presumsjonen, og det er nok på bl.a. på bakgrunn av presumsjonens lite treffende karakter at det i praksis ble stilt opp en rekke andre vilkår for at en atferd kunne anses for å innebære ulovlig diskriminering.

Vurderinger som fokuserer på virkningen for konkurranseprosessen bygger altså på en presumsjon om at en negativ virkning på konkurranseprosessen også vil medføre en konkurransebegrensende virkning. Mindre effektive konkurrenter vil også være beskyttet gjennom en slik vurdering, og det er ikke noen nødvendig sammenheng mellom en skade på konkurranseprosessen og en konkurransebegrensende virkning. Sannsynligheten for en konkurransebegrensende virkning ved en betydelig skade på konkurranseprosessen, er nok imidlertid langt større enn dersom skaden begrenser seg til en konkurrent. Et sentralt problem med rettspraksis her er imidlertid at det er svært uklart hvor mye som skulle til for at en skade på konkurranseprosessen kunne konstateres. På tross av at det er uklart hvor mye som skulle til, må slike vurderinger anses for å bygge på en mer treffende presumsjon enn vurderinger som baserer seg på virkningen for en konkurrent.

Når det gjelder «like effektiv konkurrent»-vurderingene, er det heller ikke nødvendigvis slik at eksklusjonen av en like effektiv konkurrent vil ha en konkurransebegrensende virkning. Mindre effektive konkurrenter vil for det første kunne motvirke at det dominerende foretaket hever prisene sine. For det andre vil mindre effektive konkurrenter kunne bli mer effektive over tid.¹¹⁵ Eksklusjon av en mindre effektiv konkurrent vil derfor kunne ha en konkurransebegrensende virkning. På den andre siden er det ikke nødvendigvis slik at eksklusjonen av en like effektiv konkurrent vil ha en konkurransebegrensende virkning. Dette

¹¹⁵ Jf. Østerud 2010 s. 166.

gjelder der det er et tilstrekkelig antall konkurrenter igjen på markedet til å unngå en konkurransebegrensende virkning.

På tross av at det altså er klare mangler ved «like effektiv konkurrent»-vurderinger, vil det forholdsvis ofte være en sammenheng mellom eksklusjonen av en like effektiv konkurrent og en konkurransebegrensende virkning. Vurderingene som baserer seg på en «like effektiv konkurrent»-vurdering, må derfor anses for å basere seg på en forholdsvis god presumsjon.

5 Kommisjonens veiledning fra 2009

5.1 Innledning

Slik det ble redegjort for innledningsvis, var det mange som var kritiske til den tidligere praksisen fra EU-domstolen. Innenfor andre deler av konkurranseretten, bl.a. når det gjaldt art. 101 TEUV og reguleringen av fusjonskontroll, hadde Kommisjonen vært langt mer aktive i å reformere tilnærmingen til reguleringen gjennom retningslinjer og gruppeunntak, som la til rette for en mer virkningsbasert tilnærming.¹¹⁶ Det var med dette bakteppet at Kommisjonen annonserte at den ville modernisere bestemmelsen i 2003. Etter to års arbeid med tett kontakt med nasjonale konkurransemyndigheter, utarbeidet Kommisjonen et diskusjonsnotat i 2005. Debatten fortsatte, og fire år senere ble Veiledningen publisert i 2009.

Jeg vil i det følgende først redegjøre for de viktigste punktene i Veiledningen i kapittel 5.2. Denne delen vil være rent refererende. I kapittel 5.3 vil jeg så forsøke å analysere hvilke endringer det ble lagt opp til, samtidig som jeg vil ta opp problemer med de foreslåtte endringene.

5.2 Innholdet av Veiledningen

5.2.1 Formål og prioritering

Formålet med Veiledningen blir redegjort for i Veiledningens del. II. Det uttales her at formålet med dokumentet er å redegjøre for hvilken prioritering som vil være veiledende for Kommisjonen ved anvendelsen av art. 102. Videre fremheves det at veiledningen søker å skape større klarhet og forutsigbarhet rundt reglene, samt at Veiledningen skal gi virksomhetene større mulighet til å vurdere om en bestemt atferd er slik at Kommisjonen vil gripe inn. Det uttales videre at:

«[f]ormålet med dokumentet er ikke at fastlægge gældende ret, og det tilsigter ikke at foregribe den fortolkning av artikel [102], som De Europæiske Fællesskabers Domstol eller Retten i Første Instans måtte anlægge»¹¹⁷.

¹¹⁶ Jf. O'Donoghue og Padilla 2013 s. 68.

¹¹⁷ Veiledningen avsnitt 3.

Når det gjelder den nærmere prioriteringen gir Kommisjonen uttrykk for at den vil konsentrere seg om de former for atferd som er mest skadelige for forbrukerne. Det fremheves at for å oppnå dette formålet, så vil Kommisjonen

”målrette håndhævelsen med henblik på at sikre, at markederne fungerer tilfredsstillende, og forbrukerne drager fordel af den effektivitet og produktivitet, som en effektiv konkurrence mellom virksomhederne medfører”.¹¹⁸

Det gjøres videre klart at veiledningen begrenser seg til visse former for ekskluderende misbruk.¹¹⁹

5.2.2 Generelle prinsipper

I Veiledningens del III gir Kommisjonen en redegjørelse for enkelte generelle prinsipper. Kommisjonen går først inn på hva som skal til for at en virksomhet må anses for å ha en dominerende stilling, og det redegjøres nærmere for hvilke momenter som er relevante i vurderingen.¹²⁰

Kommisjonen går videre inn på kravet til konkurranseskadelig avskjerming. Det slås her fast at formålet med bestemmelsen er at dominerende virksomheter ikke skal kunne avskjerme markedet for deres konkurrenter på en konkurranseskadelig måte og dermed påvirke forbrukernes velferd negativt.¹²¹

Det uttales at vurderingen av om avskjermingen kan skade forbrukerne kan foretas på bakgrunn av kvalitative og kvantitative beviser, og det listes opp en rekke faktorer som er relevante for vurderingen. Det vises her til følgende faktorer: den dominerende virksomhets stilling, forholdene på det relevante marked, den stilling som den dominerende virksomhets konkurrenter inntar, kundenes eller inputleverandørenes stilling, omfanget av det påståtte misbruk, mulige beviser på at det faktisk foreligger avskjerming og direkte bevis på en ekskluderende strategi.¹²²

Kommisjonen åpner imidlertid for at det kan være tilfeller hvor det ikke er nødvendig å foreta en detaljert vurdering av virkningene. Som eksempel på slike tilfeller nevnes situasjoner der

¹¹⁸ Veiledningen avsnitt 5.

¹¹⁹ Veiledningen avsnitt 7.

¹²⁰ Veiledningen avsnitt 9-18.

¹²¹ Veiledningen avsnitt 19.

¹²² Veiledningen avsnitt 20.

det dominerende foretak forhindrer sine kunder i å prøve konkurrentenes produkter eller gir dem økonomiske insentiver til ikke å prøve dem. Kommisjonen trekker også frem situasjoner der det dominerende foretaket betaler en distributør eller kunde for å forsinke markedsføringen av en konkurrents produkt.¹²³

I det videre kommer det en rekke synspunkter knyttet til prisbasert ekskluderende atferd. Det slås her fast at Kommisjonen normalt bare vil gripe inn når atferden «har kunnet eller vil kunne skade konkurransen fra virksomheder, der anses for at være lige så effektive som den dominerende virksomhed».¹²⁴ I det neste avsnittet åpnes det imidlertid for at også mindre effektive konkurrenter kan utøve et press, som må tas i betraktning ved vurderingen av om en atferd medfører en konkurransekskadelig avskjerming. Det uttales at

«Kommissionen vil undersøge dette pres ud fra et dynamisk synspunkt, da en sådan konkurrent – i en situation, hvor den dominerende virksomhed ikke misbruger sin stilling – kan få efterspørgselsrelaterede fordele, såsom netværks- og læringseffekter, som vil have en tendens til at forbedre dens effektivitet».¹²⁵

Kommisjonen går så inn på hvilke tall den sannsynligvis vil forholde seg til i vurderingene. Det gis uttrykk for at den vil holde seg til de gjennomsnittlige uunngåelige kostnader (AAC) og langsiktige gjennomsnittlige meromkostninger (LRAIC).¹²⁶ Dette begrunnes med at LRAIC vil være lavere enn GTK for foretak som produserer flere varer og har synergieffekter som følge av dette.¹²⁷

Videre gir Kommisjonen uttrykk for når den vil gripe inn. Det uttales her at:

”[h]vis det klart fremgår af de foreliggende data, at en lige så effektiv konkurrent kan konkurrere effektivt med den dominerende virksomhed på trods af dennes prismæssige adfærd, vil Kommissionen i princippet konkludere, at denne adfærd formodentlig ikke vil påvirke den effektive konkurrence negativt og dermed heller ikke forbrugerne, og den vil sandsynligvis derfor ikke gribe ind”.¹²⁸

I veiledningens del IV redegjøres det nærmere for visse former for misbruk. Dette vil jeg behandle nærmere i det følgende.

¹²³ Veiledningen avsnitt 22.

¹²⁴ Veiledningen avsnitt 23.

¹²⁵ Veiledningen avsnitt 24.

¹²⁶ Veiledningen avsnitt 26.

¹²⁷ I fotnote 2 til avsnitt 26 i Veiledningen.

¹²⁸ Veiledningen avsnitt 27.

5.2.3 De spesifikke misbruksvurderingene

a) Eksklusivitetsavtaler og eksklusivitetsrabatter

I delen om eksklusivitetsavtaler og eksklusivitetsrabatter redegjøres det først for rasjonalet som ligger bak en slik avtale for henholdsvis kjøperen og det dominerende foretaket, og den omstendighet at slike avtaler kan være konkurranseskadelige selv om avtalen er rasjonell for begge partene.¹²⁹ Kommisjonen går så nærmere inn på prioriteringen. Det uttales her at

”Kommissionen vil koncentrere sig om de tilfælde, der sandsynligvis ikke vil gavne forbrugerne som helhed. Det vil især være tilfældet, hvis der er mange kunder, og den dominerende virksomheds eksklusive købsforpligtelser til sammen er til hinder for, at konkurrerende virksomheder kan komme ind eller ekspandere på markedet”.¹³⁰

Videre gis det en redegjørelse for hvilke faktorer Kommisjonen vil se etter ved vurderingen av om slike avtaler vil få en «konkurrenneskadelig afskærmning». Det gis her uttrykk for at en forutsetning for at slike avtaler skal medføre en konkurransebegrensende virkning som oftest er at konkurrentene ikke kan konkurrere om å dekke en kundes samlede etterspørsel, enten fordi det dominerende foretaket er en uunngåelig handelspartner eller på grunn av kapasitetsbegrensninger hos konkurrentene. Varigheten av forpliktelsene fremheves videre som svært sentralt for vurderingen, og det uttales at dersom virksomheten er en uunngåelig handelspartner, så kan selv kortvarige eksklusivitetsavtaler medføre en konkurransebegrensende virkning.¹³¹

b) Betingede rabatter

I delen om rabatter redegjøres det først for hvordan disse fungerer, utbredelsen av slike og den mulige virkningen, før Kommisjonen går nærmere inn på hva som skal til for at rabatter vil medføre en konkurransebegrensende virkning.¹³²

Det fremheves også her at en forutsetning for at en konkurransebegrensende virkning skal oppstå gjerne er at konkurrentene ikke kan konkurrere på like vilkår. Videre gir kommisjonen uttrykk for at den vil undersøke om atferden kan ekskludere en like effektiv konkurrent. Vurderingen som skisseres er noe uklar. Det gis videre følgende instruksjoner:

¹²⁹ Veiledningen avsnitt 34.

¹³⁰ Veiledningen avsnitt 34.

¹³¹ Veiledningen avsnitt 36.

¹³² Veiledningen avsnitt 37.

«Kommissionen vil i den forbindelse foretage et skøn over, hvilken pris en konkurrent skal tilbyde for at udligne den betingede rabat, kunden mister ved at skifte til en anden leverandør end den dominerende virksomhed for en del af sin efterspørsel ('den relevante mængde'). Den effektive pris, som konkurrenten skal matche, er ikke den dominerende virksomheds gennemsnitspris, men den normale pris (listepri) minus den rabat, kunden mister ved at skifte leverandør, beregnet for den relevante mængde og i den relevante periode. Kommissionen vil tage hensyn til den fejlmargen, som usikkerheden i forbindelse med denne form for analyse kan medføre».¹³³

Det uttales videre at hva som er den «relevante mængde» vil avhenge av særlige forhold, men det gis visse retningslinjer for hvordan den skal etableres.¹³⁴ Videre gis det nærmere instruksjoner for vurderingen. Det fremheves her at dersom den effektive prisen holder seg konstant over det dominerende foretaks LRAIC, vil det normalt være mulig for en like effektiv konkurrent å konkurrere med fortjeneste. Er den effektive prisen derimot lavere enn AAC, vil rabattordningen normalt ha en konkurransebegrensende virkning, mens dersom prisen er mellom AAC og LRAIC, så vil Kommisjonen undersøke om andre faktorer peker i retning av en konkurransebegrensende virkning.¹³⁵

Kommisjonen slår videre fast at rabattordninger med en individuelt fastsatt terskel langt raskere må anses for å innebære et misbruk sammenliknet med rabatter med en standardisert terskel.¹³⁶

d) Rovprising

Innledningsvis slår Kommisjonen fast at den normalt vil gripe inn når en dominerende virksomhet

”udøver dumpingatferd ved bevidst at lide tab eller give afkald på fortjeneste på kort sigt (i det følgende benævnt ”tab”), så den afskærmer eller sandsynligvis vil afskærme markedet for en eller flere af sine faktiske eller potentielle konkurrenter med henblik på at forbedre eller opretholde sin markedsstyrke til skade for forbrugerne”.¹³⁷

Også denne vurderingen er noe uklar, men det kan synes som om det må foreligge et tap og en konkurransebegrensende virkning. Disse to vilkårene behandles så nærmere.

¹³³ Veiledningen avsnitt 41.

¹³⁴ Veiledningen avsnitt 42.

¹³⁵ Veiledningen avsnitt 43-44.

¹³⁶ Veiledningen avsnitt 45.

¹³⁷ Veiledningen avsnitt 63.

Når det gjelder vilkåret om tap, uttales det at Kommisjonen vil anse den dominerende virksomhets atferd for å innebære et tap dersom

«virksomheden i den relevante periode opkræver en lavere pris på hele sin produktion eller en bestemt del deraf eller udvider sin produktion og derved lider eller har lidt et tab, der kunne være undgået»¹³⁸

Kommisjonen presiserer videre at den vil benytte AAC som utgangspunktet for vurderingen, og at priser under AAC normalt må anses for å innebære et tap.¹³⁹ Der prisen er over AAC, slås det fast at et tap må kunne konstateres dersom nettoinntektene er lavere enn det som kunne forventes ”på grundlag af en rimelig alternativ adfærd”. Kommisjonen sier at den her vil foreta en analyse ved å se hen til økonomisk rasjonelle og praktisk mulige alternativer som kunne vært mer rentable.¹⁴⁰ Det følger videre at det også kan sees hen til direkte beviser i form av dokumenter fra den dominerende virksomhet som viser at det har en dumpingstrategi.¹⁴¹

Hva gjelder vilkåret om konkurransebegrensende virkning følger det at det må foretas en ”like effektiv konkurrent”-vurdering. Det gis videre uttrykk for at det normalt kun vil være priser under LRAIC som vil kunne ha en konkurransebegrensende virkning.¹⁴²

Det fremheves at atferden sannsynligvis vil skade forbrukerne dersom den dominerende virksomheten med rimelighet kan forvente at dets markedsandel vil bli større etter at atferden er avsluttet, slik at det vil kunne dra fordel av tapet. Kommisjonen slår imidlertid fast at den ikke bare vil gripe inn der det dominerende foretaket vil kunne operere med høyere priser enn prisnivået i forkant av den aktuelle atferden, men at det eksempelvis er tilstrekkelig at adferden vil kunne forhindre eller forsinke et prisfall som ellers ville ha funnet sted.¹⁴³

e) Leveringsnektelser og marginskvis

Det gis innledningsvis uttrykk for at utgangspunktet er at også dominerende virksomheter må kunne velge sine handelspartnere, og at en inngripen som pålegger en leveringsplikt krever nøye overveielse.¹⁴⁴

¹³⁸ Veiledningen avsnitt 64.

¹³⁹ Veiledningen avsnitt 64.

¹⁴⁰ Veiledningen avsnitt 65.

¹⁴¹ Veiledningen avsnitt 66.

¹⁴² Veiledningen avsnitt 67.

¹⁴³ Veiledningen avsnitt 70-71.

¹⁴⁴ Veiledningen avsnitt 75.

Kommisjonen redegjør så for hva som kan anses for å være en leveringsnektelse, samt hvilke former for leveringsnektelser Veiledningen behandler.¹⁴⁵ Kommisjonen går så inn på marginskvis som misbruk. Det gis her uttrykk for at foretaket på nedstrømsmarkedet må være i stand til å dekke sine LRAIC dersom atferden ikke skal anses som et misbruk.¹⁴⁶

Det oppstilles tre vilkår som i alminnelighet må være oppfylt for at Kommisjonen skal prioritere en sak. For det første må produktet eller tjenesten objektivt sett være en nødvendig forutsetning for at konkurrenten skal kunne konkurrere effektivt på nedstrømsmarkedet. For det andre må nektelsen kunne utelukke effektiv konkurranse på nedstrømsmarkedet, og for det tredje må nektelsen kunne skade forbrukerne.¹⁴⁷

Kommisjonen gir uttrykk for at det i vilkåret om objektiv nødvendighet ligger at det «ikke finnes noe faktisk eller potensielt substitutt, som konkurrentene på downstream-markedet kan benytte».¹⁴⁸ Kommisjonen sier ikke noe eksplisitt om nødvendighetsvilkåret også gjelder for marginskvis.

Når det gjelder vilkåret om at nektelsen må eliminere den effektive konkurransen, gir Kommisjonen uttrykk for at der ytelsen er objektivt nødvendig, så er den generelt av den oppfatning at leveringsnektelsen vil kunne eliminere den effektive konkurransen.¹⁴⁹ Det listes videre opp en rekke momenter som vil ha betydning i denne vurderingen, herunder det dominerende foretakets markedsandel, dets kapasitetsbegrensninger, hvilken grad av substitusjon det er mellom det dominerende foretaks produkter og konkurrentenes, andelen av konkurrenter på nedstrømsmarkedet som berøres og sannsynligheten for at etterspørselen som kunne vært dekket av konkurrentene som nektes adgang dirigeres over til det dominerende foretaket.¹⁵⁰

Kommisjonen går så videre inn på vilkåret om at atferden må være til skade for forbrukerne. Det fremheves at slik skade særlig vil kunne oppstå der leveringsnektelsen stanser utviklingen av nye produkter eller bremser innovasjon.

¹⁴⁵ Veiledningen avsnitt 76-79.

¹⁴⁶ Veiledningen avsnitt 80.

¹⁴⁷ Veiledningen avsnitt 81.

¹⁴⁸ Veiledningen avsnitt 83.

¹⁴⁹ Veiledningen avsnitt 85.

¹⁵⁰ Veiledningen avsnitt 85.

5.3 Hvilke endringer legger Veiledningen opp til?

5.3.1 Innledning

På tross av at formålet med veiledningen var å bidra til større klarhet, er det dessverre langt fra klart hvilke endringer Veiledningen legger opp til. Det er særlig tre grunner til denne uklarheten. For det første fremgår det ikke klart av Veiledningen når Kommisjonen mener å legge opp til endringer, og hvor det er meningen kun å gi uttrykk for hva som er gjeldende rett.¹⁵¹ En klargjøring av dette hadde gjort dokumentet langt enklere å lese. Det er imidlertid forståelig at Kommisjonen ikke er klarere her, da den ikke er gitt kompetanse til å endre gjeldende rett. For det andre er Veiledningen preget av en rekke reservasjoner og unntak. Det fremgår eksempelvis at Kommisjonen ”normalt” kun vil gripe inn i bestemte situasjoner, eller at den ”i prinsippet” vil konkludere med at en atferd ikke er konkurransebegrensende.¹⁵² Disse reservasjonene gjør også Veiledningens rekkevidde uklar.¹⁵³ For det tredje er det en rekke uklarheter i de skisserte vurderingene, og det synes flere steder å være spenninger mellom de generelle prinsippene og de konkrete vurderingene som foreslås, noe jeg vil komme nærmere inn på i det videre.

Jeg vil i det følgende forsøke å analysere hvilke endringer Veiledningen kan sies å legge opp til, samtidig som jeg løpende vil kommentere de aktuelle endringene.

5.3.2 De generelle prinsippene

Et større fokus på virkninger – særlig virkningen for forbrukerne?

Det har gjerne blitt sagt at Veiledningen legger opp til en mer virkningsbasert tilnærming til art. 102. Kommisjonen gir innledningsvis uttrykk for at skade for forbrukerne er den relevante størrelsen for vurderingen. Virkningen for konkurranseprosessen fremheves imidlertid også, men da som et middel for å beskytte hensynet til forbrukerne.¹⁵⁴ Kommisjonen gir eksplisitt uttrykk for at den sannsynligvis ikke vil gripe inn dersom det ikke er sannsynlig at atferden vil påvirke den effektive konkurransen negativt, og dermed også forbrukerne.¹⁵⁵ Slik jeg

¹⁵¹ Lang 2009 s. 6.

¹⁵² Veiledningen avsnitt 23 og 27.

¹⁵³ Korah, i European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102, 2011 s. 20.

¹⁵⁴ Veiledningen avsnitt 5.

¹⁵⁵ Veiledningen avsnitt 27, se nærmere om dette Rousseva 2010 s. 365.

redegjorde for i kapittel 3.2, var tidligere rettspraksis uklar på om det var tilstrekkelig med en negativ virkning på konkurranseprosessen eller om det krevdes en negativ virkning for forbrukerne i de generelle uttalelsene. Veiledningen innebærer en klargjøring her.¹⁵⁶

På den andre siden uttales det flere steder i Veiledningen at dominerende virksomheter har et særlig ansvar for ikke å skade konkurransen.¹⁵⁷ Ideen om et særlig ansvar har gjerne blitt ansett som en ordoliberal tanke, og Veiledningen har derfor blitt kritisert for å være uklar på hvilke virkninger som er relevante, blant annet av Valentina Korah.¹⁵⁸ Etter mitt syn er det neppe naturlig å legge så mye i uttalelsene om det dominerende foretakets særlige ansvar som Korah gjør, når det sies eksplisitt flere steder at det er virkningen for forbrukerne som er den relevante størrelsen. Jeg mener derfor det er naturlig å lese Veiledningens generelle del som at det ble lagt opp til en endring her.

Når det gjelder den nærmere vurderingen av virkningene, listes det altså opp en rekke momenter som må tas i betraktning ved denne vurderingen. Som redegjort for ovenfor er momentene som nevnes den dominerende virksomhets stilling, forholdene på det relevante marked, den stilling som den dominerende virksomhets konkurrenter inntar, kundenes eller inputleverandørenes stilling, omfanget av det påståtte misbruk, mulige beviser på at det faktisk foreligger avskjerming og direkte bevis på en ekskluderende strategi.

Veiledningen har blitt kritisert for at de fleste momentene som listes opp relaterer seg til strukturen på markedet, og ikke til de potensielle virkningene.¹⁵⁹ Jeg er enig i at de fleste av momentene som er listet opp ikke gir veiledning for å avdekke om en virkning faktisk har oppstått. Selv om det er en viss uenighet i økonomisk teori om hvilken betydning en virkning for konkurranseprosessen vil ha for forbrukerne, er det imidlertid mye taler for at en negativ virkning på konkurranseprosessen også vil kunne medføre en negativ virkning for forbrukerne. Det er videre klart at det ikke gjelder noe krav om faktisk virkning for at art. 102 skal komme til anvendelse, og at det er tilstrekkelig med en viss sannsynlighet. Etter mitt syn gir derfor momentene en viss veiledning.

Det kan imidlertid synes rart at det ikke gis noen nærmere veiledning for hvordan eventuelle faktiske virkninger skal avdekkes, særlig når det har blitt lagt så stor vekt på virkningene for

¹⁵⁶ Jf. O'Donoghue og Padilla 2013 s. 273.

¹⁵⁷ Veiledningen avsnitt 1 og 9.

¹⁵⁸ Korah, i *European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102*, 2011 s. 20.

¹⁵⁹ Lang 2009 s. 12 og Geradin, i *Competition law and the enforcement of article 102*, 2012 s. 42.

forbrukerne i Veiledningen.¹⁶⁰ Momenter som kunne vært nevnt i denne sammenheng er bl.a. prisstigning, økning i det dominerende foretakets markedsandel, nedgang i produksjonen og marginalisering av sentrale konkurrenter.

Det åpnes videre, som vist, for at det for enkelte former for misbruk ikke er nødvendig å foreta noen vurdering av virkningene, dette omtales gjerne som "naked restraint". En slik tankegang bygger på at visse former for atferd er så skadelige eller uønskede at det ikke er nødvendig å se hen til atferdens virkninger. Eksemplet som nevnes på denne typen atferd er at det dominerende foretak forhindrer kundene i å prøve konkurrentenes produkter eller gir dem økonomiske insentiver for å ikke prøve andre produkter.¹⁶¹ Jeg har vanskelig for å se hvorfor slik atferd skal være verre enn eksempelvis eksklusivitetsavtaler.¹⁶²

En ny tilnærming til "like effektiv konkurrent"-vurderingen

Veiledningen tar altså til orde for at en "like effektiv konkurrent"-vurdering skal anvendes på alle former for prisbasert ekskluderende atferd.¹⁶³ Veiledningen innebærer her en endring fra tidligere praksis, i hvert fall for vurderingen av rabatter.

Det åpnes videre for at også mindre effektive konkurrenter kan utøve et press som må tas i betraktning ved vurderingen av om en atferd medfører en konkurransebegrensende virkning.¹⁶⁴ Så vidt jeg kan se har det i tidligere praksis kun blitt sett hen til hvor effektive konkurrentene er på det nåværende tidspunkt. Veiledningen synes med dette å legge opp til en endring av tidligere praksis.

Det er klart at et foretaks effektivitet vil kunne endre seg over tid, slik at det å ekskludere en konkurrent som på det nåværende tidspunkt er mindre effektiv enn det dominerende foretaket vil kunne medføre konkurransebegrensende virkninger på lang sikt. Rent økonomisk synes altså et slikt perspektiv å være riktig. Det er imidlertid problematisk å bygge en vurdering på dette utgangspunktet. Et problem med en slik tilnærming er at det legges opp til vanskelige vurderinger for domstolene, som det er knyttet betydelig usikkerhet til. Videre har en stor fordel med "like effektiv konkurrent"-vurderinger, slik de har blitt praktisert i tidligere praksis, vært at det dominerende foretaket forholdsvis lett har kunnet vurdere om dets atferd

¹⁶⁰ Geradin, i Competition law and the enforcement of article 102, 2012 s. 42.

¹⁶¹ Veiledningen avsnitt 22.

¹⁶² Tilsvarende O'Donoghue og Padilla 2013 s. 272.

¹⁶³ Veiledningen avsnitt 23.

¹⁶⁴ Veiledningen avsnitt 24.

er lovlig. Dersom det dominerende foretaket skal måtte ta hensyn til at mindre effektive konkurrenter kan bli mer effektive med tiden, vil ikke det dominerende foretaket ha informasjon til å kunne vurdere lovligheten. En slik tilnærming vil derfor være problematisk for forutberegneligheten.¹⁶⁵ Det redegjøres ikke nærmere for i hvilket omfang mindre effektive konkurrenter skal gis beskyttelse, og det kan spørres om disse synspunktene må leses som en «helgardering» fra Kommisjonens side.

Når det gjelder den nærmere vurderingen, tar Kommisjonen til orde for en endring av de økonomiske størrelsene det tas utgangspunkt i for vurderingen. Kommisjonen ønsker å anvende AAC og LRAIC i stedet for GVK og GTK. På dette punktet har Veiledningen blitt kritisert for at den verken i den generelle delen eller under de spesifikke vurderingene gir nærmere instruksjoner for når de ulike målene skal benyttes.¹⁶⁶ Jeg er enig i kritikken her.

5.3.3 De spesifikke misbruksvurderingene

a) Eksklusive kjøpsforpliktelser

Kommisjonen fremhever altså at den vil konsentrere seg om de tilfellene som ikke «vil gavne forbrukerne som helhet», og det gis en redegjørelse for hvilke momenter som bør tas i betraktning ved vurderingen av om atferden vil ha en konkurransebegrensende virkning.¹⁶⁷

Det kan synes som om Veiledningen her legger opp til en endring sammenliknet med tidligere praksis ved at eksklusivitetsavtaler ikke kan anses som et «per se» misbruk lengre, men at vurderingen må bero på om atferden har konkurransebegrensende virkninger i stedet. Det listes, som vist, opp enkelte momenter som vil kunne være av betydning for vurderingen, men det gis ingen nærmere føringer for vurderingen som skal foretas.

b) Rabatter

Rabatter er den misbruksformen hvor Veiledningen legger opp til størst endringer.¹⁶⁸

Kommisjonen tar til orde for at rabatter må vurderes på bakgrunn av en ”like effektiv konkurrent”-vurdering. Veiledningen innebærer her en endring fra tidligere praksis, der vurderingen baserte seg på om rabattene hadde en innelåsende virkning.

¹⁶⁵ Se Lang 2009 s. 9-11 og Kellerbauer, i ECLR, 2010 s.185.

¹⁶⁶ Akman, i Modern Law Review, 2010 s. 618.

¹⁶⁷ Veiledningen avsnitt 34 flg.

¹⁶⁸ Kellerbauer, i ECLR, 2010 s. 184

Vurderingen som det legges opp til skiller seg imidlertid betydelig fra andre "like effektiv konkurrent"-vurderinger. Det følger av Veiledningen at det må foretas en vurdering av hvilken pris en konkurrent må tilby for å utligne den betingede rabatten kunden mister ved å skifte til en annen leverandør enn det dominerende foretaket for en del av sin etterspørsel, omtalt som "den relevante mengde".¹⁶⁹ Denne prisen omtales altså som den "effektive pris". Dersom den effektive prisen er lavere enn AAC vil atferden normalt anses som et misbruk, er prisen mellom AAC og LRAIC må lovligheten bero på en nærmere vurdering. Dersom prisen er over LRAIC vil atferden normalt ikke anses som et misbruk.¹⁷⁰

Den foreslåtte vurderingen er litt vanskelig tilgjengelig. Rousseva gir derfor følgende eksempel som kan bidra til klargjøring:

«For example, assume that a dominant undertaking offers a 10 per cent rebate for a purchase of at least 1,500 units, where the list price is € 5. Suppose further that the non-contestable part of the demand is 1,000 units, while the contestable share is 500 units. Under those circumstances, the effective price that a competitor has to offer in order to compensate a customer for the lost rebate would be € 3.50»¹⁷¹

Et problem med den foreslåtte vurderingen er at den baserer seg på størrelser som det dominerende foretaket ikke har mulighet til å regne ut uten å være i besittelse av konfidensiell informasjon om dets kunder og konkurrenter.¹⁷² Vurderingen gir altså ikke den samme forutberegnelighet som de tradisjonelle «like effektiv konkurrent»-vurderingene, noe som er en klar ulempe. Et annet problem med vurderingen er at den «relevante mengde» kan være forskjellig for ulike kunder og ulike konkurrenter. Kommisjonen gir ikke noen veiledning for hvilke størrelser det skal tas utgangspunkt i der det er tale om mange aktører.¹⁷³

Lang har foreslått en alternativ vurdering for å bøte på de nevnte problemene. For retroaktive rabatter foreslår han at vurderingen bør være om den effektive prisen for det volum som gir opphav til rabatten, pluss en enhet, må være høyere enn det dominerende foretakets LRAIC.¹⁷⁴ For inkrementelle rabatter synes han å foreslå at vurderingen bør bero på om prisen på den enkelte enhet er over det dominerende foretakets LRAIC. En slik vurdering vil gi bedre forutberegnelighet sammenliknet med Kommisjonens forslag, og analysen vil bli mindre omfattende og kostbar. En slik tilnærming er imidlertid dårligere egnet til å ivareta

¹⁶⁹ Veiledningen avsnitt 41.

¹⁷⁰ Veiledningen avsnitt 43-44.

¹⁷¹ Rousseva 2010 s. 392.

¹⁷² Se Lang 2009 s. 14 for en grundigere behandling.

¹⁷³ Jf. Lang 2009 s. 15.

¹⁷⁴ Jf. Lang 2009 s. 13.

hensynet til den samfunnsøkonomiske velferden, da mange rabattsystemer vil kunne ha en konkurransebegrensende virkning uten å bli fanget opp av en slik vurdering.

c) Rovprising

For rovprising, bygger Veiledningen på en vurdering der to vilkår må være oppfylt. For det første må det dominerende foretaket bevisst lide et tap gjennom sin prisatferd og for det andre må atferden lede til en konkurranseskadelig avskjerming.

Når det gjelder tapsvilkåret tar Kommisjonen til orde for en vurdering av om det dominerende foretakets handlemåte medførte lavere inntekter enn hva det kunne fått gjennom et økonomisk rasjonelt og praktisk mulig alternativ. Veiledningen legger her opp til en svært skjønnsmessig vurdering, noe som kan føre til usikkerhet. Det kan spørres om det hadde vært mer hensiktsmessig å benytte foretakets tidligere prisatferd som målestokk i stedet for hypotetiske alternativer.¹⁷⁵

For priser under AAC oppstiller Veiledningen, som vist, en presumsjon om at slike priser innebærer et tap.¹⁷⁶ For priser mellom AAC og LRAIC legges det opp til en helhetlig vurdering.¹⁷⁷ Utgangspunktet er, som vist, at tapsvilkåret bygger på en objektiv vurdering av om foretaket hadde et mer lønnsomt handlingsalternativ. Ved at det også åpnes for at det kan sees hen til beviser for at foretaket hadde en dumpingstrategi, beholdes likevel deler av det intensjonselementet som har blitt oppstilt i tidligere praksis. Slik Veiledningen er formulert synes det imidlertid ikke å være noe vilkår at en slik intensjon foreligger lengre. I litteraturen har det blitt tatt til orde for at det er en spenning mellom fokuset på foretakets intensjon og en mer virkningsbasert tilnærming.¹⁷⁸

Når det gjelder priser over LRAIC, gis det uttrykk for at slike priser ”normalt” ikke vil kunne ha en konkurransebegrensende virkning.¹⁷⁹ Det er uklart hvilken reservasjon som ligger i ”normalt”, men det kan være naturlig å forstå Veiledningen slik at den legger opp til en endring av praksis her. En slik forståelse blir også mer nærliggende da det listes opp to

¹⁷⁵ Rousseva 2010 s. 405, se også O'Donoghues 2006 s. 10.

¹⁷⁶ Veiledningen avsnitt 64.

¹⁷⁷ Veiledningen avsnitt 65.

¹⁷⁸ Kellerbauer, i ECLR, 2010 s. 183.

¹⁷⁹ Veiledningen avsnitt 67.

situasjoner hvor priser over LRAIC kan innebære et misbruk i Diskusjonsnotatet, og dette er helt utelatt i Veiledningen.¹⁸⁰

Veiledningen oppstiller, som vist, ikke noe krav om recoupment.¹⁸¹ Da det kun er i tilfeller hvor det dominerende foretaket kan hente inn tapet sitt ved å heve prisene etter en periode med rovprising at atferden vil være til skade for forbrukerne, kan mangelen på et slikt krav synes å være i strid med en mer virkningsbasert tilnærming. Det er imidlertid vanskelig å godtgjøre at et vilkår om recoupment er oppfylt. Dersom et slikt vilkår hadde blitt oppstilt kunne det derfor ha medført at konkurransebegrensende atferd hadde unnsloppet anvendelsen av bestemmelsen.¹⁸²

d) Leveringsnektelser

Når det gjelder leveringsnektelser, synes vurderingen Kommisjonen tar til orde for å følge mange av de samme hovedlinjene som tidligere praksis. Veiledningen stiller opp et vilkår om nødvendighet, samt et krav om konkurransebegrensende virkning. Det redegjøres ikke nærmere for hva som skal anses som en nektelse, og noe krav om to markeder behandles ikke. På tross av at det ikke stilles opp noe krav om to markeder, er det imidlertid etter mitt syn ikke naturlig å forstå Veiledningen dit hen at den legger opp til noen endring her, da det hadde vært naturlig å si noe eksplisitt om dette dersom Kommisjonen ønsket en endring.

Det synes altså ikke å legges opp til noen spesifikke endringer for vurderingen av leveringsnektelser.

e) Marginskvis

Marginskvis behandles, som vist, sammen med leveringsnektelser i Veiledningen. En naturlig forståelse av Veiledningen kan være at en forutsetning for at en marginskvis skal foreligge, er at vilkårene for misbruk i form av en leveringsnektelse er oppfylt. Veiledningen er imidlertid ikke helt klar her.¹⁸³

Dersom Veiledningen må forstås som at den bygger på en slik forutsetning, innebærer det en betydelig endring fra tidligere praksis, der marginskvis ble ansett for å være et eget misbruk som kunne foreligge uavhengig av om vilkårene for leveringsnektelser var oppfylt. En slik

¹⁸⁰ Diskusjonsnotatet avsnitt 127-129, se nærmere O'Donoghue og Padilla 2013 s. 341.

¹⁸¹ Veiledningen avsnitt 71.

¹⁸² Jf. Rousseva 2010 s. 409.

¹⁸³ Jf. Lang 2009 s. 18 som gir uttrykk for at veiledningen er uklar på dette punktet.

endring har møtt kritikk i litteraturen, og det har bl.a. blitt påpekt at ulovlig diskriminering klart kan foreligge dersom et dominerende foretak gir gunstigere vilkår til dets datterselskap på nedstrømsmarkedet, uavhengig av om det foreligger en plikt til å levere eller ikke, og at det da vil være liten sammenheng i reglene som et slikt vilkår skulle gjelde for marginskvis.¹⁸⁴

5.3.4 Oppsummering

Den største endringen i den generelle delen er at virkningen for forbrukerne angis som den relevante størrelsen. Dette innebærer muligens en endring, og i hvert fall en klargjøring sammenliknet med tidligere praksis.

Når det gjelder de konkrete misbruksvurderingene legges det imidlertid ikke opp til noen radikal overgang til en ren virkningsanalyse. De foreslåtte vurderingene bygger i stor grad fortsatt på presumsjoner om at en konkurransebegrensende virkning vil inntreffe dersom bestemte omstendigheter foreligger. Slik gjennomgangen har vist, har det imidlertid skjedd en viss utvikling også når det gjelder de konkrete misbruksvurderingene. Særlig store endringer er det i vurderingene som er foreslått for rabatter og rovprising.

¹⁸⁴ Jf. Lang 2009 s. 20.

6 Misbruksvurderingen i nyere rettspraksis

6.1 Innledning

Det er nå gått mer enn fem år siden publiseringen av Veiledningen, og en del saker har blitt avgjort av EU-domstolen i løpet av denne perioden. Det er imidlertid store forskjeller i antall saker i tilknytning til ulike misbruksformer. Eksempelvis har Domstolen avgjort fire saker i tilknytning til marginskvis, mens det kun er en sak fra Underretten som gjelder eksklusivitetsrabatter. Saksmaterialet gir altså langt bedre grunnlag for å trekke slutninger for enkelte misbruksformer enn for andre. Dette er en utfordring når man skal forsøke å trekke konklusjoner.

Jeg vil i det følgende redegjøre for misbruksvurderingene i nyere praksis. Jeg vil i gjennomgangen se nærmere på hvilke endringer man kan se sammenliknet med tidligere praksis, samt om nyere praksis følger opp Veiledningens tilnærming. I kapittel 7 vil jeg så forsøke å trekke noen overordnede linjer fra nyere praksis.

6.2 Eksklusivitetsavtaler

Den første avgjørelsen der spørsmål om eksklusivitetsavtaler kom opp var Underrettens avgjørelse i *Solvay*.¹⁸⁵ Solvay hadde en dominerende stilling på markedet for det kjemiske produktet soda (natriumkarbonat) i store deler av Europa. Saken reiste spørsmål om Solvay hadde misbrukt sin dominerende stilling gjennom en rekke former for atferd, henholdsvis eksklusivitetsavtaler, eksklusivitetsrabatter, kvantumsrabatter og diskriminering.

I de generelle betraktningene fremhever Underretten det dominerende foretaks særlige ansvar for å unngå skade på konkurransen, men det sies ingen ting om skade for forbrukerne som den

¹⁸⁵ Sak T-57/01, *Solvay*. Avgjørelsen ble anket til Domstolen som traff avgjørelse i saken 05. des. 2013, med saksnr. C-449/11. Domstolens avgjørelse foreligger dessverre bare på fransk og italiensk på det aktuelle tidspunkt, og jeg har derfor ikke hatt mulighet til å sette meg inn i denne. Det kan imidlertid merkes at Domstolen opprettholdt Underrettens avgjørelse.

relevante størrelsen.¹⁸⁶ Underretten synes altså å bygge på en annen tilnærming enn Veiledningen her.

Ved vurderingen av eksklusivitetsavtalene bygger Underretten på følgende utgangspunkt for vurderingen:

«[i]følge fast retspraksis misbruger en virksomhet, som inntar en dominerende stilling på et marked, og som – også etter anmodning fra disse – binder kjøpere til seg ved hjelp av en forpliktelse til eller et løfte om å dekke hele eller en betydelig del av deres behov udelukkende hos virksomheten, herved sin dominerende stilling som nevnt i artikkel [102], uanset om forpliktelsen står alene eller modsvares av en bonusydelse».¹⁸⁷

Underretten stiller ikke opp noe vilkår om virkning, og foretar i det videre ingen vurdering av atferdens virkning på konkurranseprosessen eller for forbrukerne før det konkluderes med at et misbruk har funnet sted. Avgjørelsen kan dermed på ingen måte sies å innebære en utvikling mot en mer virkningsbasert tilnærming.

Den neste saken som kom opp var Underrettens avgjørelse i *Imperial Chemical Industries*.¹⁸⁸ Saken gjaldt en annen aktør på sodamarkedet, Imperial Chemical Industries, som hadde en dominerende stilling på dette markedet i Storbritannia og Irland. Saken reiste spørsmål om eksklusivitetsavtalene og rabattene foretaket opererte med innebar misbruk.

Underretten bygger på samme generelle utgangspunkt som i *Solvay* ved å fremheve det dominerende foretaks særlige forpliktelse til ikke å skade konkurransen på markedet uten at beskyttelse av forbrukerne nevnes.¹⁸⁹

Ved vurderingen av eksklusivitetsavtalene slås det raskt fast at praksisen er i strid med forbudet mot misbruk av dominerende stilling.¹⁹⁰ Underretten ser ikke nærmere på om atferden medfører en negativ virkning på konkurranseprosessen eller for forbrukerne i denne avgjørelsen heller.

Begge de to avgjørelsene fra Underretten som er kommet etter publiseringen av Veiledningen synes altså å følge opp den samme tilnærmingen til rabatter som tidligere praksis bygget på.

¹⁸⁶ Sak T-57/01, *Solvay*, avsnitt 315.

¹⁸⁷ Sak T-57/01, *Solvay*, avsnitt 365.

¹⁸⁸ Sak T-66/01, *Imperial Chemical Industries*.

¹⁸⁹ Sak T-66/01, *Imperial Chemical Industries*, avsnitt 295.

¹⁹⁰ Sak T-66/01, *Imperial Chemical Industries*, avsnitt 322.

Avgjørelsene kan ikke sies å innebære noen endring i retning av en mer virkningsbasert tilnærming.

Den foreløpig siste saken om eksklusivitetsavtaler er avgjørelsen i *Tomra*.¹⁹¹ Tomra hadde en dominerende stilling innenfor markedet for panteautomater, og spørsmålet i saken var om foretaket hadde gjort seg skyldig i misbruk av dominerende stilling gjennom bruken av eksklusivitetsavtaler og individuelt bestemte retroaktive rabatter.

Domstolen tar i avgjørelsen omtrent samme utgangspunkt som i *Hoffmann-La Roche*, og det uttales at det er atferd som «har til følge at skabe hindringer for opretholdelsen af den grad af konkurrence, der stadig findes på markedet, eller for udviklingen af denne konkurrence» som rammes av art. 102.¹⁹² Domstolen sier imidlertid ikke noe nærmere om hvilke virkninger som kreves. Domstolen slår videre fast at det må sees hen til alle omstendigheter i saken. Det uttales at:

«[d]en omstændighed, at der foreligger en eventuelt konkurrencebegrænsende hensigt udgør således alene en ud af flere omstændigheder, som kan tages i betragtning med henblik på at fastslå et misbrug af dominerende stilling».¹⁹³

At hensikten bak atferden trekkes frem som et relevant moment for vurderingen er helt i tråd med den vurdering som Veiledningen legger opp til.

Når det gjelder kravet til virkninger, hadde Tomra anført at eksklusivitetsavtalene ikke omfattet en tilstrekkelig stor andel av den samlede etterspørsel til å ha en konkurransebegrensende virkning. Domstolen uttaler følgende i forbindelse med denne anførselen:

«Som det fremgår af den appellerede doms præmis 239, har Kommissionen ganske vist ikke fastsat en præcis tærskel, over hvilken Tomra-koncernens praksis kunne udelukke konkurrenterne fra det pågældende marked.

Retten har imidlertid i den appellerede doms præmis 240 med rette tiltrådt Kommissionens betragtning om, at Tomra-koncernen ved at binde en væsentlig del af markedet har begrænset adgangen til en eller få konkurrenter og dermed begrænset konkurrencens intensitet på markedet som helhed.

¹⁹¹ Sak C-549/10, *Tomra*.

¹⁹² Sak C-549/10, *Tomra*, avsnitt 17.

¹⁹³ Sak C-549/10, *Tomra*, avsnitt 20.

Som Retten har bemærket i den appellerede doms præmis 241, kan en dominerende virksomheds binding af en væsentlig del af markedet nemlig ikke begrundes ved, at det godtgøres, at den del af markedet, der var åben for konkurrence, stadig er tilstrækkelig til at skabe plads til et begrænset antal konkurrenter. De kunder, der befinder sig på den bundne del af markedet, skal have mulighed for at nyde godt af så meget konkurrence som muligt på markedet, og konkurrenterne skal kunne konkurrere på grundlag af opnåede resultater på markedet som helhed og ikke blot på en del heraf. Endvidere tilkommer det ikke den dominerende virksomhed at afgøre, hvor mange levedygtige konkurrenter der må konkurrere med den for den del af efterspørgslen, der stadig er åben for konkurrence.

(...)

Retten har således efter denne vurdering af sagens faktiske omstændigheder fastslået i den appellerede doms præmis 243, at en betydelig del (to femtedele) af den samlede efterspørgsel i løbet af perioden og i de undersøgte lande var unddraget konkurrencen.

Rettens konklusion skal betragtes som værende uden retlige fejl.»¹⁹⁴

Av vurderingen kan det synes som om Domstolen bygger på en oppfatning om at eksklusivitetsavtalene må binde en «væsentlig del av markedet» for at atferden skal anses for å innebære et misbruk.¹⁹⁵

Et slikt vilkår innebærer en klar endring sammenliknet med tidligere praksis, og er i samsvar med Veiledningens synspunkt om at eksklusivitetsavtaler ikke skal anses for å innebære et misbruk «per se». Oppstillingen av et slikt vilkår kan nok, som jeg var inne på i kapittel 4.3, bidra til å gjøre vurderingen mer treffende. Domstolen går ikke inn i noen nærmere vurdering av atferdens virkninger for konkurranseprosessen eller for forbrukerne i denne avgjørelsen heller.

6.3 Rabatter

6.3.1 Eksklusivitetsrabatter

Solvay reiste også spørsmål om lovligheten av eksklusivitetsrabatter, og er den eneste avgjørelsen i tilknytning til denne typen atferd i nyere praksis. Underretten oppstiller her følgende utgangspunkt for vurderingen:

¹⁹⁴ Sak C-549/10, *Tomra*, avsnitt 41-44.

¹⁹⁵ Tilsvarende Crayencour og Lang, i *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013 s. 51.

“Hvad nærmere angår en dominerende virksomheds ydelse af rabatter fremgår det af fast retspraksis, at en loyalitetsrabat, der er modydelsen til, at kunden forpligter sig til udelukkende eller næsten udelukkende at få forsyninger fra den markedsdominerende virksomhed, er i strid med artikel [102]». ¹⁹⁶

Underretten foretar en inngående tolkning av avtalen mellom partene for å kunne slå fast at det faktisk er tale om eksklusivitetsrabatter. Underretten går så over til å se på virkningene av avtalen. Solvay hadde anført at rabattene ikke kunne være omfattet av art. 102, da de var svært beskjedne. Underretten nøyer seg her med følgende kommentar:

«Herom er det tilstrækkelig at bemærke, at en loyalitetsrabat påvirker konkurrencevilkårene, selv om den er af beskeden størrelse». ¹⁹⁷

En naturlig forståelse av uttalelsen er at Underretten bygger på en oppfatning om at det ikke er nødvendig å påvise noen konkurransebegrensende virkning for at eksklusivitetsrabatter skal anses som et misbruk.

Avgjørelsen følger altså ikke opp prinsippene fra Veiledningen, og kan ikke sies å innebære noen endring sammenliknet med tidligere rettspraksis.

6.3.2 Andre rabatter

Spørsmålet om lovligheten av kvantumsrabatter, nærmere bestemt individualisert bestemte retroaktive målrabatter, kom også opp i *Solvay*. Underretten tar her som utgangspunkt at slike rabatter «normalt» ikke kan anses for å innebære et misbruk av dominerende stilling. ¹⁹⁸

Underretten gir følgende veiledning for vurderingen:

«Det følger heraf, at et rabatsystem, hvor rabattens størrelse stiger i takt med de købte mængder, ikke er i strid med artikel [102], medmindre de kriterier og regler, hvorefter rabatten ydes, ikke har nogen økonomisk berettigelse, men har til formål at hindre, at kunder foretager indkøb hos konkurrerende producenter, f.eks. loyalitets- og målrabatter». ¹⁹⁹

Underretten legger altså opp til en tilsvarende vurdering som den som har blitt foretatt i tidligere rettspraksis. Underretten foretar så en vurdering av om det aktuelle rabattsystemet

¹⁹⁶ Sak T-57/01, *Solvay*, avsnitt 316.

¹⁹⁷ Sak T-57/01, *Solvay*, avsnitt 355.

¹⁹⁸ Sak T-57/01, *Solvay*, avsnitt 318.

¹⁹⁹ Sak T-57/01, *Solvay*, avsnitt 319.

baserte seg på økonomiske fordeler som foretaket oppnådde, og kom til at dette ikke var tilfellet.²⁰⁰

Underretten foretar ingen vurdering av om en like effektiv konkurrent kan konkurrere med det dominerende foretak innenfor den «relevante mengde», slik Veiledningen la opp til, men baserer seg utelukkende på den vurdering som er lagt opp til i tidligere praksis.

Hva gjelder virkningene av atferden, hadde Solvay også her anført at rabattene ikke kunne ha noen konkurransebegrensende virkning, da det var tale om svært små mengder. Til dette uttalte Underretten at det

«fremgår [...] af retspraksis, at det til fastlæggelse af, om artikel [102] er blevet overtrådt, er tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende virksomheds misbrug har til formål at begrænse konkurrencen, eller med andre ord, at adfærden er egnet til at have denne virkning»²⁰¹

Det vises i denne sammenheng til avgjørelsen i *Michelin II* her. Underretten synes altså å bygge på at det ikke gjelder noe krav om at en virkning kan påvises, og det foretas heller ingen nærmere vurdering av om atferden har en negativ virkning på konkurranseprosessen eller en konkurransebegrensende virkning.

Den neste avgjørelsen der spørsmål om rabatter kom opp var *Imperial Commercial Industries*. Underretten tar også her utgangspunkt i tidligere rettspraksis, og fastslår at vurderingen må bero på om rabattene har en økonomisk berettigelse.²⁰² Heller ikke denne avgjørelsen følger altså opp den vurderingen som ble foreslått i Veiledningen.

Underretten viser så til Kommisjonens vurdering, der det bl.a. vises til de store forskjeller i hvilken mengde som utløste rabattene. Underretten kommer på bakgrunn av Kommisjonens vurdering til at atferden ikke kunne anses å ha noen slik økonomisk berettigelse. Når det gjelder rabattenes virkning, hadde Imperial Commercial Industries anført at rabattene kun knyttet seg til små mengder. Til dette bemerket Underretten at hva gjelder virkningen, så

«vedrører den ikke nødvendigvis den konkrete virkning af en som misbrug påtalt adfærd. Til fastlæggelse af, om artikel [102] er blevet overtrådt, er det tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende

²⁰⁰ Sak T-57/01, *Solvay*, avsnitt 331.

²⁰¹ Sak T-57/01, *Solvay*, avsnitt 338.

²⁰² Sak T-66/01, *Imperial Chemical Industries*, avsnitt 299.

virksomheds misbrug har til hensigt at begrænse konkurransen, eller med andre ord, at adfærden er egnet til at have denne virkning».²⁰³

Det vises også her til *Michelin II*. Underretten bygger altså på samme oppfatning som i *Solvay*, og det foretas ikke noen vurdering av virkningene på konkurranseprosessen eller for forbrukerne i denne avgjørelsen heller. Ingen av de to avgjørelsene fra Underretten kan dermed sies å innebære noen endring i retning av en mer virkningsbasert tilnærming.

Den neste, og foreløpig siste, avgjørelsen angående rabatter er Domstolens avgjørelse i *Tomra*.²⁰⁴ Domstolen sier, som nevnt, ingen ting om skade for forbrukerne som den relevante størrelsen i avgjørelsen. Når det gjelder den konkrete misbruksvurderingen anførte Tomra at Underrettens vurdering var feil da den baserte seg på om foretakets konkurrenter var nødt til å anvende negative priser, og ikke en undersøkelse av om Tomras priser var under foretakets egne gjennomsnittlige variable kostnader.²⁰⁵ Tomra viste eksplisitt til at Veiledningen la opp til en slik vurdering.

Domstolen tar i vurderingen av rabattene samme utgangspunkt som tidligere praksis, altså at rabattene må ha en økonomisk begrunnelse dersom de ikke skal anses for å innebære et misbruk.²⁰⁶ Hva gjelder Tomras anførsel om at det måtte foretas en vurdering av om virksomheten opererte med negative priser, slår Domstolen kort fast at det ikke gjelder noe slikt vilkår.²⁰⁷

Domstolen fraviker altså klart den tilnærmingen til rabatter som Veiledningen la opp til, og bygger i stedet på tilnærmingen fra tidligere rettspraksis. Domstolen gir videre eksplisitt uttrykk for at Veiledningen ikke er av betydning for beslutninger som er truffet før publiseringen av Veiledningen.²⁰⁸

Når det gjelder kravet til virkninger uttaler Domstolen følgende:

«[D]et må undersøges, om rabatten ved at udgøre en fordel, som ikke er begrundet i en økonomisk modydelse, har fjernet eller begrænset køberens mulighed for frit at vælge sine forsyningskilder, har

²⁰³ Sak T-66/01, *Imperial Chemical Industries*, avsnitt 308.

²⁰⁴ Sak C-549/10, *Tomra*.

²⁰⁵ Sak C-549/10, *Tomra*, avsnitt 51.

²⁰⁶ Sak C-549/10, *Tomra*, avsnitt 71.

²⁰⁷ Sak C-549/10, *Tomra*, avsnitt 73.

²⁰⁸ Sak C-549/10, *Tomra*, avsnitt 81.

hindret konkurrenternes adgang til markedet eller har styrket sin dominerende stilling gennem en fordrejning af konkurrencen»²⁰⁹

Det er uklart hvordan den aktuelle uttalelsen skal forstås. Den mest naturlige forståelsen er nok at Domstolen bygger på tilsvarende oppfatning som i tidligere praksis, altså at rabatter som har en innelåsende virkning også vil ha en konkurransebegrensende virkning, og derfor må anses for å innebære et misbruk. Det foretas ingen vurdering av atferdens virkninger på konkurranseprosessen eller for forbrukerne i avgjørelsen.

Det gjennomgående inntrykket av praksisen i tilknytning til rabatter er etter dette at EU-domstolen fortsatt baserer seg på en vurdering av om atferden vil ha en innelåsende virkning. Det synes altså ikke å ha funnet sted noen klar endring sammenliknet med tidligere praksis.

6.4 Rovprising

Spørsmål om misbruk i form av rovprising har kommet opp i to saker for Domstolen i nyere praksis, i *France Telekom* og *Post Danmark*.²¹⁰

Spørsmålet i *France Telekom* var om foretaket, som hadde en dominerende stilling på markedet for ADSL-tjenester i Frankrike, hadde gjort seg skyldig i ulovlig rovprising. Foretaket hadde satt prisen for sine tjenester under dets gjennomsnittlige variable kostnader i perioden mars 2001 til august 2001. I perioden mellom august 2001 og oktober 2002 hadde selskapet satt prisen mellom dets gjennomsnittlige variable kostnader og dets gjennomsnittlige totale kostnader.

Domstolen tar i avgjørelsen utgangspunkt i at det er atferd som kan skade forbrukerne, enten direkte eller indirekte, som rammes av art. 102. Videre fremheves imidlertid det dominerende foretakets særlige ansvar for ikke å skade konkurransen.²¹¹ Domstolen bygger altså på de samme generelle utgangspunktene som Veiledningen legger opp til.

I den videre vurderingen tar Domstolen utgangspunkt i vurderingen som ble oppstilt i *AKZO*, og uttaler at priser under GVK automatisk må anses for å innebære et misbruk, mens priser mellom GVK og GTK må anses for å innebære et misbruk der det dominerende foretak har til

²⁰⁹ Sak C-549/10, *Tomra*, avsnitt 71.

²¹⁰ Sak C-202/07, *France Telekom* og sak C-209/10, *Post Danmark*.

²¹¹ Sak C-202/07, *France Telekom*, avsnitt 105.

hensikt å eliminere konkurrentene.²¹² Domstolen avviker altså klart fra vurderingen av om det dominerende foretak har lidt et tap og om atferden har hatt en konkurransebegrensende virkning, som Veiledningen legger opp til for priser mellom GVK og GTK.

Det må imidlertid merkes at France Telekom ikke uttrykkelig hadde anført at det var uriktig å ta utgangspunkt i AKZO-vurderingen. Anførselen det ble tatt stilling til gjaldt direkte spørsmål om det måtte oppstilles et krav om at France Telekom kunne gjenvinne tapet som følge av prisingen. Det kan derfor stilles spørsmålstegn ved avgjørelsens relevans for denne oppgavens problemstilling. Når Domstolen valgte å redegjøre for den generelle vurdering som må foretas, uten at den var nødt til dette, mener jeg imidlertid at avgjørelsen er interessant i dette perspektivet.

Dersom avgjørelsen ses under ett, ser man en utvikling på det overordnede plan ved at Domstolen bygger på virkningen for forbrukerne som den relevante størrelsen for vurderingen. Når det gjelder den konkrete vurderingen av atferden bygger imidlertid Domstolen på tidligere rettspraksis, og ikke på vurderingen som ble foreslått i Veiledningen.

Den neste saken angående rovprising er *Post Danmark*, som er en foreleggelsessak fra Danmarks høyesterett. Post Danmark hadde en dominerende stilling på markedet for adresseløse forsendelser, og saken gjaldt spørsmål om Post Danmark hadde misbrukt denne stillingen gjennom rovprising. Følgende to spørsmål ble lagt frem for Domstolen:

1. «Skal [artikel 102] fortolkes således, at en dominerende befordringspliktig postvirksomheds selektive prisnedsættelse til et niveau lavere end postvirksomhedens gennemsnitlige samlede omkostninger, men over virksomhedens inkrementelle omkostninger, kan udgøre et ekskluderende misbrug, såfremt det lægges til grund, at priserne ikke er sat på dette niveau med det formål at eliminere en konkurrent?»
2. «Såfremt spørgsmål 1 besvares med, at en selektiv prisnedsættelse under de i spørgsmål 1 givne forudsætninger under visse omstændigheder kan udgøre et ekskluderende misbrug, hvilke omstændigheder skal den nationale domstol da tage i betragtning?»²¹³

Domstolen tar innledningsvis utgangspunkt i at skade for forbrukerne, enten direkte eller indirekte, er den relevante størrelsen for vurderingen, men fremhever også det dominerende

²¹² Sak C-202/07, *France Telekom*, avsnitt 109.

²¹³ Sak C-209/10, *Post Danmark*, avsnitt 18.

foretaks særlige ansvar.²¹⁴ Domstolen bygger altså på en tilsvarende tilnærming som Veiledningen her.

I den videre vurderingen oppstiller Domstolen en «like effektiv konkurrent»-vurdering, og det vises til *AKZO* her.²¹⁵ Domstolen redegjør senere i avgjørelsen for innholdet av *AKZO*-vurderingen, og viser til at vurderingen bygger på at det må påvises en konkurransebegrensende hensikt for at priser mellom GVK og GTK skal anses for å innebære et misbruk.²¹⁶ Domstolen tar ikke eksplisitt avstand fra denne vurderingen.

I de generelle avsnittene uttaler imidlertid Domstolen at samtlige omstendigheter må trekkes inn i vurderingen, og at det bl.a. må sees hen til om «denne politik har skullet fjerne eller begrense køberens muligheter».²¹⁷ Domstolen slår kort fast at det ikke foreligger en slik hensikt, men fortsetter likevel vurderingen.²¹⁸ Domstolen går her inn i en vurdering av atferdens virkninger på konkurranseprosessen. Av dommen følger det at:

«Forbruger-Kontakt har kunnet opretholde sit distributionsnetværk på trods af den mistede postmængde fra de tre omhandlede kunder, og at selskabet i 2007 atter overtog Coops og sidenhen tillige Spars forsendelser».²¹⁹

At Domstolen går inn i en vurdering av virkningene av atferden tyder på at den bygger på en oppfatning om at det ikke er nødvendig å påvise en konkurransebegrensende hensikt for at priser mellom GVK og GTK skal anses for å innebære et misbruk, men at et misbruk også må kunne konstateres dersom atferden har en konkurransebegrensende virkning uten at det foreligger noen slik hensikt. Avgjørelsen må slik sett kunne sies å innebære en endring i retning av en mer virkningsbasert tilnærming.

Når det gjelder selve virkningsvurderingen Domstolen foretar, er fokuset her på virkningen på konkurranseprosessen og ikke på om atferden har en konkurransebegrensende virkning i form av negativ virkning for forbrukerne. Domstolen synes altså å bygge på en presumsjon om at en skade på konkurranseprosessen også medfører en konkurransebegrensende virkning i avgjørelsen.

²¹⁴ Sak C-209/10, *Post Danmark*, avsnitt 20 og 23.

²¹⁵ Sak C-209/10, *Post Danmark*, avsnitt 25.

²¹⁶ Sak C-209/10, *Post Danmark*, avsnitt 27.

²¹⁷ Sak C-209/10, *Post Danmark*, avsnitt 26.

²¹⁸ Sak C-209/10, *Post Danmark*, avsnitt 29.

²¹⁹ Sak C-209/10, *Post Danmark*, avsnitt 39.

Det gjennomgående inntrykket av praksis i tilknytning til rovprising er etter dette at Domstolen allerede i *France Telekom* bygget på de samme generelle prinsippene som Veiledningen. Når det gjelder den spesifikke vurderingen synes det altså å være en utvikling fra *France Telekom* til *Post Danmark* for vurderingen av priser mellom GVK og GTK ved at konkurransebegrensende virkning etableres som et alternativ til hensikt. For vurderingen av priser under GVK synes det ikke å være noen endring.

6.5 Selektiv prisnedsettelse

I *Post Danmark* var et av de påståtte misbrukene en selektiv prisnedsettelse, dette er foreløpig den eneste avgjørelsen som behandler denne formen for misbruk i nyere praksis.

Domstolen fastslår at prisene som ble tilbudt Spar og SuperBest lå over LRAIC, i henhold til myndighetenes vurdering, og uttaler videre at «[u]nder disse omstendigheter kan det ikke konkluderes, at sådanne priser har konkurrencebegrensende virkninger».²²⁰

Da Domstolen er kort og kategorisk i uttalelsen, er en nærliggende forståelse at priser over LRAIC aldri vil kunne innebære et misbruk, og at avgjørelsen legger opp til en endring i tråd med Veiledningen her.²²¹ På den andre siden er det imidlertid mulig at Domstolen mente å begrense uttalelsen til den aktuelle saken, og altså ikke mente å ta stilling til spørsmålet generelt.

Generaladvokat Mengozzi gikk i sitt forslag til avgjørelse nærmere inn på spørsmålet, og kom til at det ikke forelå slike «særlige omstendigheter» som i de tidligere sakene *Irish Sugar* og *Compagnie Maritime Belge Transports*, og at prisene over LRAIC derfor ikke kunne utgjøre et misbruk i denne saken. Generaladvokaten tok derimot ikke til orde for at priser over LRAIC aldri kan utgjøre et misbruk. Dersom Domstolen mente å begrense uttalelsen til den konkrete saken, kunne det vært naturlig å vise til at den var enig med Generaladvokatens begrunnelse. At dette ikke ble gjort kan altså tale for at Domstolen mente å uttrykke seg mer generelt.

På den andre siden hadde det vært naturlig med en mer utfyllende redegjørelse dersom Domstolen mente å uttrykke seg på generelt grunnlag i et så omtvistet spørsmål. Uttalelsen er

²²⁰ Sak C-209/10, *Post Danmark*, avsnitt 36.

²²¹ Bien og Krah, i ECLR, 2012 tar til orde for en slik forståelse på s. 483.

uklar, men jeg er enig med Rousseva og Marquis som tar til orde for at avgjørelsen ikke kan forstås som at den stenger helt for at priser over LRAIC kan innebære et misbruk. Etter avgjørelsen skal det nok likevel mer til for at priser over LRAIC blir ansett for å innebære et misbruk. Rousseva og Marquis konkluderer på følgende måte:

«In light of the above, we would not argue on the basis of an obiter dictum that the ECJ entirely closed the door for intervention against selective above-cost price cuts. But we do conclude that the ECJ has at least significantly limited the scope for such intervention. The mere statement that selective price cuts alone cannot have an anticompetitive foreclosure effect (backed up with the later statement that price discrimination is not in itself abusive) circumscribes the range of exceptional circumstances which have been relied on to render selective price cuts abusive.»²²²

6.6 Leveringsnektelser

Når det gjelder leveringsnektelser, er Underrettens avgjørelse i *Clearstream* den eneste avgjørelsen i nyere praksis.²²³ Saken gjaldt Clearstream International som, gjennom datterselskapet Clearstream Banking AG (heretter CBF) i Frankfurt, hadde en dominerende stilling på markedet for såkalte primære clearingsytelser i Tyskland. Clearing er en prosess som foregår på stadiet mellom handelen og avviklingen av transaksjoner med verdipapirer. Clearing foregår i to stadier, såkalt primær og sekundær clearing. For å kunne foreta sekundær clearing var det en nødvendig forutsetning å ha tilgang til CBFs IT-systemer. Spørsmålet i saken var om CBF måtte anses for å ha misbrukt sin dominerende stilling gjennom å nekte adgang til datasystemene til Euroclear Bank SA (heretter EB), eventuelt om CBF hadde gjort seg skyldig i ulovlig diskriminering gjennom de prisene som ble krevd av EB.

Som det generelle utgangspunkt viser Underretten til det dominerende foretaks særlige ansvar for ikke å skade konkurransen.²²⁴ Så vidt jeg kan se, fremheves imidlertid ikke virkningen for forbrukerne som den relevante størrelsen i de generelle avsnitt, dette står i motsetning til Veiledningens tilnærming.

Når det gjelder vurderingen uttaler Underretten videre at dersom det kan konstateres at «sagsøgerens formål» med nektelsen var å forhindre en konkurrent, så kan dette være et

²²² Rousseva og Marquis, i *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013 s. 40

²²³ Sak T-301/04, *Clearstream*.

²²⁴ Sak T-301/04, *Clearstream*, avsnitt 132.

moment i misbruksvurderingen, men det er ikke noe vilkår.²²⁵ En slik tilnærming er klart i tråd med det Veiledningen legger opp til.

Underretten går videre nærmere inn på hvilke krav som må være oppfylt for at en leveringsnektelse skal anses for å kunne innebære et misbruk, og uttaler:

«[i] den forbindelse fremgår det af Domstolens retspraksis, at det for, at der kan være tale om misbrug som omhandlet i artikel [102], kræves, at nægtelsen af at levere den omhandlede tjenesteydelse er egnet til at fjerne enhver konkurrence fra den virksomheds side, som efterspørger tjenesteydelsen, at nægtelsen ikke kan begrundes ud fra objektive forhold, og at tjenesteydelsen i sig selv er absolut nødvendig for, at den anmodende virksomhed kan udøve sin virksomhed».²²⁶

Det oppstilles altså et krav om nødvendighet, hvilket både er i samsvar med tidligere rettspraksis og med Veiledningen. Når det gjelder kravet til virkning, synes imidlertid Underretten gjennom uttalelsen «egnet til å fjerne enhver konkurrence fra den virksomheds side, som efterspørger tjenesteydelsen» å bygge på en forståelse om at det er tilstrekkelig at nektelsen får en virkning for konkurrenten og at det altså ikke kreves en negativ virkning for konkurranseprosessen eller en konkurransebegrensende virkning.

I den konkrete vurderingen viser imidlertid Underretten til Kommisjonens vurdering av at EB tilbød kundene en «ny slags tjenesteydelse for sekundær clearing», og konkluderer med at nektelsen har

«skadet innovationen og konkurransen på området for utførelse af grænseoverskridende sekundære clearings- og afviklingsydelser på markedet for grænseoverskridende clearing og afvikling af værdipapirer inden for Den Europæiske Union, og i sidste ende forbrugerne på indre marked».²²⁷

Domstolen synes her å bygge på et krav om at atferden har en konkurransebegrensende virkning i form av at atferden hindrer den teknologiske utviklingen. Avgjørelsen er her i samsvar med vurderingen av lisensnektelser som er stilt opp både i tidligere praksis og i Veiledningen.

²²⁵ Sak T-301/04, *Clearstream*, avsnitt 142.

²²⁶ Sak T-301/04, *Clearstream*, avsnitt. 147.

²²⁷ Sak T-301/04, *Clearstream*, avsnitt 149.

6.7 Marginskvis

Etter publiseringen av Veiledningen har EU-domstolen truffet hele fire avgjørelser angående spørsmål om marginskvis som alle knytter seg til saker fra telesektoren. Den første avgjørelsen som kom, var Domstolens avgjørelse i *Deutsche Telekom*.²²⁸ Deutsche Telekom leverte adgang til sine abonnementsledninger til andre teleoperatører (såkalte formidlingstjenesteytelser) så vel som internettilgang til forbrukere. Selskapet hadde en dominerende stilling på oppstrømsmarkedet, og spørsmålet i saken var om foretaket hadde misbrukt sin dominerende stilling gjennom en ulovlig marginskvis.

Domstolen tar i avgjørelsen utgangspunkt i skade for forbrukerne som den relevante størrelsen, men det dominerende foretaks særlige ansvar fremheves imidlertid også.²²⁹ Domstolen tar altså det samme generelle utgangspunkt for vurderingen som Veiledningen.

Domstolen tar i den videre vurderingen utgangspunkt i en «like effektiv konkurrent»-vurdering, og fastslår at Underretten har foretatt en riktig vurdering ved å basere seg på det dominerende foretaks egne kostnader.²³⁰ En slik tilnærming er i tråd med både tidligere praksis og Veiledningen.

I den videre vurderingen går Domstolen inn på nødvendigheten av Deutsche Telekoms infrastruktur. Det uttales kun at Deutsche Telekom ikke har bestridt at tilgang til infrastrukturen er nødvendig for konkurrentene²³¹. Nødvendigheten behandles raskt, og det er uklart om Domstolen bygger på en oppfatning om nødvendighet som et vilkår for å kunne konstatere et misbruk, eller kun som et moment i vurderingen.

Når det gjelder kravene til virkningen av atferden, slår Domstolen fast at det er «nødvendigt at godtgøre, at der foreligger konkurrencebegrænsende virkninger» for at et misbruk skal kunne konstateres.²³² Domstolen utbroderer så nærmere om kravet til virkninger, og uttaler følgende:

«Det skal således bemærkes i overensstemmelse med den i denne doms præmis 174 nævnte retspraksis, at artikel [102] ved at forbyde misbrug af en dominerende stilling på markedet, i det omfang samhandelen mellem medlemsstaterne kan påvirkes derved, er rettet mod en dominerende virksomheds adfærd som, idet der anvendes metoder, der adskiller sig fra dem, der regulerer en normal konkurrence

²²⁸ Sak C-280/08, *Deutsche Telekom*.

²²⁹ Sak C-280/08, *Deutsche Telekom*, avsnitt 176.

²³⁰ Sak C-280/08, *Deutsche Telekom*, avsnitt 200.

²³¹ Sak C-280/08, *Deutsche Telekom*, avsnitt 231.

²³² Sak C-280/08, *Deutsche Telekom*, avsnitt 250.

med hensyn til varer eller tjenesteydelser på grunnlag af de erhvervsdrivendes ydelser, har til virkning at skabe hindringer for opretholdelsen af den grad af konkurrence, der stadig findes på markedet, eller for udviklingen af denne konkurrence.

[r]etten har således uden at begå en retlig fejl fastslået i den appellerede doms præmis 235, at den konkurrencebegrænsende virkning, som Kommissionen skal påvise i forbindelse med en dominerende virksomheds afgifter, der har ført til prispresstet for virksomhedens mindst lige så effektive konkurrenter, består i de eventuelle hindringer, som appellansens afgifter har kunnet medføre for udviklingen af udbuddet på detailmarkedet for adgangstjenester til slutbrugere og dermed for konkurrencen på dette marked.»²³³

Domstolen har altså fokus på virkning på konkurranseprosessen, men synes å bygge på beskyttelsen av konkurranseprosessen som et mål for å unngå skade for forbrukerne. Domstolen synes her å legge opp til en endring i tråd Veiledningen.

Domstolen går så inn på de aktuelle prisene, og fastslår at prisene som det dominerende foretaket har operert med «i prinsippet» vil utgjøre en hindring for utviklingen av konkurransen, da konkurrentene vil lide tap med slike priser. Det tas altså utgangspunkt i en «like effektiv konkurrent»-vurdering i tråd med tidligere praksis og Veiledningen.

Domstolen foretar ikke selv noen mer inngående vurdering av virkningen på markedet, men viser til Underrettens vurdering, der det uttales at

«de små markedsandele, sagsøgerens konkurrenter har erhvervet på [detail]markedet for adgang til abonnentnettet, siden markedet blev liberaliseret ved ikrafttrædelsen af TKG den 1. august 1996, [vidner] om de hindringer, [appellansens] afgifter har medført for udviklingen af konkurrencen på disse markeder».²³⁴

Det ses altså hen til den faktiske utviklingen på konkurranseprosessen. Domstolen går imidlertid ikke inn i noen vurdering av virkningen for forbrukerne. Argumentasjonen har her preg av å være et støttemoment for konklusjonen basert på «like effektiv konkurrent»-vurderingen. Ved at det sees hen til den faktiske virkningen på konkurranseprosessen, kan imidlertid avgjørelsen muligens synes å innebære en endring i retning av en mer virkningsbasert tilnærming.

Avgjørelsen innebærer altså for det første en endring ved at det legges opp til en vurdering av virkningen for forbrukerne i de generelle uttalelsene. For det andre innebærer avgjørelsen

²³³ Sak C-280/08, *Deutsche Telekom*, avsnitt 252.

²³⁴ Sak C-280/08, *Deutsche Telekom*, avsnitt 257.

muligens en endring i tråd med Veiledningen ved at det kan synes som om Domstolen bygger på et vilkår om nødvendighet. For det tredje kan det synes som om avgjørelsen innebærer en endring ved at det sees hen til de faktiske virkningene på konkurranseprosessen.

Den neste saken som kom opp for Domstolen var *TeliaSonera*, en foreleggelsessak fra Stockholm tingsrätt.²³⁵ Forholdet i saken var at TeliaSonera hadde en dominerende stilling på markedet for formidlingstjenesteytelser i Sverige, og spørsmålet var om foretaket hadde misbrukt denne stillingen gjennom en marginskvis.

Domstolen tar i hovedsak helt samme utgangspunktene for vurderingen som i *Deutsche Telekom*, og det vises mange steder eksplisitt til avgjørelsen. Når det gjelder sammenhengen mellom marginskvis og leveringsnektelser, er imidlertid Domstolen langt klarere i *TeliaSonera*. TeliaSonera hadde anført at det fulgte av avgjørelsen i *Oscar Bronner* at vilkårene for leveringsnektelser måtte være oppfylt for at et misbruk i form av marginskvis kunne konstateres. Til dette bemerket Domstolen at

«En sådan fortolkning følger af en urigtig læsning af denne dom. Det kan især ikke udledes af dommens præmis 48 og 49, at de nødvendige betingelser med henblik på at fastslå tilstedeværelsen af en leveringsnægtelse nødvendigvis også skal finde anvendelse i forbindelse med vurderingen af misbrug som følge af en adfærd som har bestået i at lade udbud af tjenester eller varesalg være omfattet af ufordelagtige vilkår eller vilkår, som køberen ikke kunne være interesseret i.»²³⁶

Domstolen bygger altså på at det ikke er noe krav om at vilkårene for at det foreligger en leveringsnektelse er oppfylt for at et misbruk i form av en marginskvis skal foreligge. Domstolen synes dermed å følge opp tidligere rettspraksis, og fraviker Veiledningens tilnærming her.

Avgjørelsen følger altså opp de generelle uttalelsene fra *Deutsche Telekom* og Veiledningen, men i den konkrete vurderingen av marginskvis bygger avgjørelsen på samme vurdering som tidligere rettspraksis.

De to neste avgjørelsene angående marginskvis er Underrettens avgjørelser i *Telefonica* og *Kongeriket Spania*.²³⁷ Begge avgjørelsene knytter seg til samme kommisjonsvedtak, og er

²³⁵ Sak C-52/09, *TeliaSonera*.

²³⁶ Sak C-52/09, *TeliaSonera*, avsnitt 55.

²³⁷ Sak T-336/07, *Telefonica* og sak T-398/07, *Kongeriket Spania*.

avsagt samme dag. Sakene gjaldt spørsmål om Telefonica, som hadde en dominerende stilling på markedet for formidlingstjenester i Spania, hadde gjort seg skyldig i ulovlig marginskvis.

Underretten tar i begge avgjørelsene samme utgangspunkter for avgjørelsen som i *TeliaSonera*, og bygger herunder på at det ikke gjelder noe krav om at vilkårene for leveringsnektelse er oppfylt for at en marginskvis skal kunne konstateres.²³⁸

I *Telefonica* hadde Telefonica anført at Kommisjonen ikke hadde ført tilstrekkelig bevis for de sannsynlige eller konkrete virkningene av atferden.²³⁹ Underretten tar i avgjørelsen først utgangspunkt i at det er atferd som «har til formål at begrense konkurransen, eller med andre ord, at adfærden er egnet til at have denne virkning» som rammes av art. 102.²⁴⁰ Uttalelsen kan tyde på at Underretten mener det er tilstrekkelig å påvise en skade på konkurranseprosessen.

I den videre vurderingen går imidlertid Underretten inn på atferdens faktiske virkninger, og det vises til en lang vurdering av Kommisjonen om dette spørsmålet. Underretten konkluderer med følgende uttalelse når det gjelder vurderingen:

«Kommissionens konstateringer i 545.-563. betraktning til den anfægtede beslutning kan ikke anses for 'teoretisk' eller utilstrækkeligt underbygget. De godtgør tværtimod med tilstrækkelig tydelighed de mulige hindringer, som Telefónicas prisfastsættelse kunne have medført for konkurransen på detailmarkedet. Kommissionen foretog således ikke et åbenbart urigtigt skøn, da den konkluderede, at Telefonicas adfærd sandsynligvis havde forstærket adgangs- og ekspansionsbarrierne på dette marked, og at det var sandsynligt, at konkurransen havde været større, såfremt der ikke havde foreligget konkurrenceforvridning, hvilket ville have givet forbrugerne større fordele i form af lavere priser, større udvalg og innovation»²⁴¹

Underretten sier ingen steder at det må stilles opp et vilkår om konkurransebegrensende virkning. En mulig forståelse av at Underretten velger å foreta en prøving av om Kommisjonens vurdering er riktig, er imidlertid at Underretten bygger på en oppfatning om at et slikt krav må oppstilles. En annen mulig forståelse av avgjørelsen er at Underretten ikke bygger på noe krav om virkning, men utelukkende foretar en prøving av om Kommisjonens vurdering er godt nok begrunnet. Avgjørelsen er altså uklar på dette punktet.

²³⁸ Sak T-336/07, *Telefonica*, avsnitt 180-181 og sak T-398/07, *Kongeriket Spania*, avsnitt 74-75.

²³⁹ Sak T-336/07, *Telefonica*, avsnitt 265.

²⁴⁰ Sak T-336/07, *Telefonica*, avsnitt 268.

²⁴¹ Sak T-336/07, *Telefonica*, avsnitt 276.

I *Kongeriket Spania* går derimot ikke Underretten inn i noen nærmere vurdering av virkningen. Det var imidlertid ikke anført at Kommisjonen hadde gjort noen feil her.

Det overordnede inntrykket av nyere praksis om marginskvis er etter dette at EU-domstolen følger opp de generelle prinsippene i Veiledningen, herunder et fokus på virkningen for forbrukerne. Når det gjelder den konkrete misbruksvurderingen, synes det gjennom *TeliaSonera*, *Telefonica* og *Kongeriket Spania* å være avklart at det ikke gjelder noe krav om at vilkårene for leveringsnektelser må være oppfylt for at en marginskvis skal konstateres. Rettspraksis gir derimot et mer uklart bilde når det gjelder spørsmålet om det er et krav om at en virkningsanalyse foretas, men da Underretten faktisk foretar en overprøving av Kommisjonens virkningsvurdering i *Telefonica*, kan det muligens spores en endring i retning av en mer virkningsbasert tilnærming på dette området.

6.8 Diskriminering

Første gang spørsmål om diskriminering kom opp i nyere praksis var i *Clearstream*. Spørsmålet i saken var om Clearstream Banking måtte anses for å ha operert med diskriminerende priser overfor Euroclear Bank.

Underretten foretar først en vurdering av om ytelsene som er levert til de ulike konkurrentene er likeverdige og om vilkårene som er krevet er forskjellige. Underretten konkluderer med at det er tilfellet. Når det gjelder kravet til virkninger uttaler Underretten følgende:

«[f]ølgelig skal det, for at betingelsene for anvendelse af artikel [102, 2. led bokstav c] er opfyldt, fastslås, at en dominerende virksomheds adfærd på et marked ikke blot er diskriminerende, men at den ligeledes tilsigter at fordreje dette konkurrenceforhold, dvs. hæmme en del af denne virksomheds handelspartners konkurrencemæssige stilling i forhold til andres.»²⁴²

I den konkrete vurderingen følger det videre at:

«[i] den foreliggende sag må det konstateres, at når en virksomhed, der har et faktisk monopol på markedet i de foregående led, anvender ulige priser for sammenlignelige tjenesteydelser over for en handelspartner, og det uafbrudt igennem en periode på fem år, kan dette kun give anledning til en konkurrencemæssig ulempe for denne handelspartner»²⁴³

²⁴² Sak T-301/04, *Clearstream*, avsnitt 192.

²⁴³ Sak T-301/04, *Clearstream*, avsnitt 194.

Det stilles altså opp et virkningskrav, men fokuset på vurderingen synes å være hvilken virkning det vil ha for den bestemte konkurrenten og ikke for konkurranseprosessen eller enda mindre for forbrukerne. Avgjørelsen kan altså ikke sies å innebære en mer virkningsbasert tilnærming.

Den neste, og foreløpig siste, avgjørelsen om diskriminering er Underrettens avgjørelse i *Solvay*. Saken reiste spørsmål om forskjellene i rabattene som ble ytt måtte anses for å innebære diskriminering.

Underretten foretar først en vurdering av rabattene, og kommer til at det i den aktuelle saken er gitt rabatter til enkelte kunder, men ikke til andre, på tross av at kundene har kjøpt samme mengder. Det er altså satt ulike vilkår for like ytelser.²⁴⁴

Når det gjelder atferdens virkninger, stilles det ikke opp noe krav om at det må kunne påvises en konkurransebegrensende virkning i avgjørelsen. Underretten går heller ikke inn i noen vurdering av virkningen på konkurranseprosessen eller for forbrukerne.

Det overordnede inntrykket av den nyere praksisen er etter dette at det ikke kan sees noen endring i retning av en mer virkningsbasert tilnærming.

²⁴⁴ Sak T-57/01, *Solvay*, avsnitt 398.

7 Det gjennomgående inntrykket av nyere rettspraksis

7.1 Innledning

I dette kapitlet vil jeg forsøke å trekke opp noen overordnede linjer fra nyere praksis. Jeg skal først se på om nyere praksis bygger på et krav om konkurransebegrensende virkning i de generelle uttalelsene, i kapittel 7.2. Videre skal jeg se nærmere på hvilke endringer man kan se i de spesifikke misbruksvurderingene, i kapittel 7.3. Jeg skal så kommentere nærmere om det kan sies å være en konflikt mellom de generelle uttalelsene og de konkrete vurderingene, i kapittel 7.4.

7.2 Bygger nyere rettspraksis på et krav om konkurransebegrensende virkning i de generelle uttalelsene?

Slik gjennomgangen av rettspraksis har vist, har jeg særlig sett hen til om den nyere praksisen i de generelle uttalelser følger opp Veiledningens synspunkt om skade for forbrukerne som den relevante størrelse. Gjennomgangen viser at et klart flertall av avgjørelsene bygger på et tilsvarende syn som Veiledningen her. Det er kun fire av de ti avgjørelsene som er behandlet som ikke fremhever skade for forbrukerne som den relevante størrelsen: *Clearstream*, *Solvay*, *Imperial Chemical Industries* og *Tomra*.²⁴⁵

Felles for tre av de fire, nemlig *Clearstream*, *Solvay* og *Imperial Chemical Industries*, er at avgjørelsene er avsagt av Underretten. Et naturlig spørsmål er derfor om Underretten har vært mindre tilbøyelig til å stille opp en mer virkningsbasert tilnærming sammenliknet med Domstolen.

²⁴⁵ Sak T-301/04, *Clearstream*, sak T-57/01, *Solvay*, sak T-66/01, *Imperial Chemical Industries* og sak C-549/10, *Tomra*.

Dersom det sees hen til de to siste avgjørelsene som er truffet av Underretten, *Telefonica* og *Kongeriket Spania*, bygger disse avgjørelsene, som vist, på skade for forbrukerne som den relevante størrelsen.²⁴⁶ Underretten har altså ikke vært konsekvent i sin praksis her.

Det som er sentralt å merke seg i denne sammenheng er at *Clearstream*, *Solvay* og *Imperial Chemical Industries* alle er blant de første avgjørelsene som ble truffet etter publiseringen av Veiledningen. Det er kun avgjørelsen i *France Telekom* som var truffet før disse.

Avgjørelsene i *Telefonica* og *Kongeriket Spania* er derimot truffet etter at Domstolen hadde truffet avgjørelser i *Deutsche Telekom* og *TeliaSonera*, der virkningen for forbrukerne også ble lagt til grunn som den relevante størrelse. Det synes altså å være en utvikling der Underretten har vært mer tilbøyelig til å bygge på skade for forbrukerne som den relevante størrelsen i de seneste avgjørelsene. En nærliggende forståelse av praksisen er, etter min mening, at Underretten var forsiktig med å ta de første skrittene i retning av en ny tilnærming, men at den følger opp Domstolens synspunkter når Domstolen endrer praksis.

Uansett er altså det klare inntrykket av nyere praksis at skade for forbrukerne legges til grunn som den relevante størrelsen for vurderingen i de generelle uttalelsene i rettspraksis. Hvorvidt skade for forbrukerne er det beste målet for art. 102, gir ikke oppgaven rom for noen nærmere vurdering av. Jeg er likevel positiv til utviklingen da den innebærer en klargjøring av EU-domstolens oppfatninger. En slik klargjøring er viktig for å legge til rette for en debatt om formålet med bestemmelsen.

7.3 Hvilke endringer kan spores i de spesifikke misbruksvurderingene?

Gjennomgangen av rettspraksis viser et bilde med mange nyanser når det gjelder spørsmålet om i hvilken grad det har funnet sted en endring av de spesifikke vurderingene som stilles opp. På den ene siden synes det å være en viss endring i vurderingene som oppstilles for eksklusivitetsavtaler og rovprising. På den andre siden er derimot vurderingen av rabatter, leveringsnektelser og diskriminering tilsvarende som i eldre rettspraksis. Når det gjelder selektive prisnedsettelse og marginskvis er rettspraksis mer uklar, slik gjennomgangen viser.

²⁴⁶ Sak C-52/09, *TeliaSonera*, avsnitt 171 og sak T-398/07, *Kongeriket Spania*, avsnitt 92.

Det har altså på ingen måte funnet sted noen revolusjon i tilnærmingen til bestemmelsen. For flertallet av misbruksformene viser ikke rettspraksis noen klar utvikling. Det kan imidlertid synes som om EU-domstolen har gått lengst i retning av en virkningsbasert tilnærming i enkelte av de aller nyeste dommene. *Post Danmark* er det beste eksemplet her, men også *Telefonica* kan, som vist, muligens forstås som at den legger opp til en mer virkningsbasert tilnærming.²⁴⁷ Spørsmålet er derfor om man i den nyeste praksisen kan se begynnelsen på en mer omfattende endring.

Domstolen bygget på en lite virkningsbasert tilnærming i *Tomra*, som er den nyeste av avgjørelsene jeg har redegjort for. Domstolen tok for det første ikke utgangspunkt i en «like effektiv konkurrent»-vurdering, og brøt da med Veiledningens generelle prinsipp om at en slik vurdering skal legges til grunn for alle former for prisbasert ekskluderende atferd. Videre foretok Domstolen kun en vurdering av rabattenes innelåsende virkninger. Det ble ikke foretatt noen vurdering av atferdens konkurransebegrensende virkninger, og avgjørelsen taler klart mot at man er i ferd med å se en helhetlig endring i rettspraksis.

Det er altså et klart sprik mellom den mer virkningsbaserte tilnærmingen som Domstolen inntok i *Post Danmark* og den tradisjonelle tilnærmingen i *Tomra*. Spørsmålet er hvordan dette kan forklares.

En forklaring er selvsagt at Domstolen ikke ønsker en endring av tilnærming til rabatter, men er av den oppfatning at den tradisjonelle vurderingen av rabatter i rettspraksis er bedre enn en mer virkningsbasert tilnærming.

En annen mulig forklaring er at Kommisjonens avgjørelse i *Tomra* ble truffet allerede i 2006, altså tidlig i prosessen frem mot en mer virkningsbasert tilnærming og før publiseringen av Veiledningen. Slik jeg allerede har nevnt, slo Domstolen eksplisitt fast i avgjørelsen at Veiledningen ikke kunne ha noen betydning i saker hvor Kommisjonens avgjørelse var truffet før Veiledningens publisering. Det er derfor ikke sikkert at Domstolen mente å stenge for en mer virkningsbasert tilnærming i saker hvor Kommisjonen har truffet sin avgjørelse etter publiseringen av Veiledningen.

En tredje mulig forklaring kan baseres på en observasjon av O'Donoghue og Padilla. Etter en gjennomgang av praksis har de observert at nesten alle avgjørelsene i artikkel 102-saker som

²⁴⁷ Se kapittel 6.4 for behandlingen av *Post Danmark* og kapittel 6.7 for behandlingen av *Telefonica*.

anses for å være progressive er truffet i foreleggelsessaker.²⁴⁸ Det er altså mulig at utviklingen først vil komme senere i saker der kommisjonsavgjørelser er brakt inn for EU-domstolen.

En fjerde mulig forklaring er at forskjellene kan komme av at Domstolen ikke har noen konsekvent tilnærming til artikkel 102, og at forskjellene rett og slett må forklares på bakgrunn av tilfeldigheter og hvilke dommere som avgjør den konkrete saken.²⁴⁹

Det er altså en rekke mulige forklaringer på spenningen mellom *Tomra* og *Post Danmark*. Det er alltid vanskelig å spå utviklingen fremover, og endringer kan ofte ta lang tid. Når man først har sett en utvikling i retning av en mer virkningsbasert tilnærming i enkelte avgjørelser, mener jeg likevel at mye kan tale for at man bare har sett starten på mer omfattende endringer. For å kunne trekke noen klarere konklusjoner er man imidlertid nødt til å vente på flere avgjørelser.

7.4 Er det en konflikt mellom de generelle uttalelsene og de spesifikke misbruksvurderingene?

I de de forrige kapitlene har jeg vist at det har vært en klar endring i de generelle uttalelsene i den nye rettspraksisen, ved at skade for forbrukerne nå blir lagt til grunn som den relevante størrelsen for vurderingen. Samtidig har jeg vist at det på mange områder ikke har skjedd noen endringer i de spesifikke misbruksvurderingene.

En mulig forståelse av praksisen er at det er en konflikt mellom endringen i de generelle uttalelsene, og det forhold at EU-domstolen fortsatt holder seg til de misbruksvurderingene som ble oppstilt i tidligere praksis. En slik forståelse bygger på et syn om at et fokus på forbrukerne fordrer en mer virkningsbasert tilnærming i de konkrete vurderingene.

En annen forståelse er at EU-domstolen bygger på skade for forbrukerne som den relevante størrelsen, men samtidig er av den oppfatning at de vurderinger som er oppstilt i tidligere praksis er egnet til å motvirke konkurransebegrensende virkninger som vil skade forbrukerne. I denne sammenheng er det sentralt å minne om at også Veiledningen fremhever det å beskytte konkurranseprosessen som sentralt for å unngå konkurransebegrensende virkninger.

²⁴⁸ O'Donoghue og Padilla 2013 s. 89. Med henvisninger til bl.a. sak C-7/97, *Oscar Bronner*, sak C-418/01, *IMS Health*, sak C-52/09, *TeliaSonera* og sak C-209/10 *Post Danmark*.

²⁴⁹ O'Donoghue og Padilla 2013 tar til orde for en slik forklaring på s. 89.

Når de spesifikke testene sees i lys av de generelle uttalelsene fremstår det klart som om de bygger på en presumsjon om at det vil oppstå skade for forbrukerne når vilkårene i testen er oppfylt. Etter mitt syn er derfor de generelle uttalelsene i rettspraksis godt forenlige med de tradisjonelle misbruksvurderingene, slik at det ikke kan sies å være noen konflikt her.

8 Enkelte rettspolitiske betraktninger om utviklingen og veien videre

Jeg har gjennom oppgaven redegjort for fordelene og ulempene med formbaserte og virkningsbaserte tilnærminger i kapittel 2, og jeg har videre redegjort for utviklingen av EU-domstolens praksis gjennom oppgaven. Slik jeg har redegjort for i kapittel 7.3, kan det kanskje synes som om EU-domstolen er i ferd med å bevege seg i retning av en mer virkningsbasert tilnærming. Det store spørsmålet er derfor om endringene man har sett representerer en ønskelig utvikling, samt om det er ønskelig med en mer omfattende utvikling i retning av en mer virkningsbasert tilnærming.

Det blir fort intetsigende å proklamere at man er for eller mot en mer virkningsbasert tilnærming generelt, uten å si mer konkret om hvilke vurderinger man ønsker. Spørsmålet må derfor bero på en vurdering av de konkrete misbruksvurderingene. Når det gjelder marginskvis og leveringsnektelser synes presumsjonene som vurderingen bygger på å være forholdsvis treffende, slik jeg redegjorde for i kap. 4.3. Etter mitt syn taler derfor det meste for å bygge på samme tilnærming til disse misbruksformene som tidligere praksis har gjort. Jeg vil i det følgende se nærmere på mulige vurderinger for tre av de misbruksformene der uenighetene om hvilke vurderinger som bør foretas har vært størst: eksklusivitetsavtaler, rabatter og rovprising. Grunnen til at jeg har valgt å ikke se nærmere på diskriminering i denne sammenhengen er at vilkårene for å konstatere et misbruk har vært så uklare.

Det er en rekke ulike årsaker som gjør det vanskelig å ta stilling til hvilke vurderinger som er best. To årsaker er imidlertid særlig sentrale: For det første er det vanskelig å ta stilling til balansegangen mellom hensynet til forutberegnelighet og målet om samfunnsøkonomisk velferd. Ved å ivareta forutberegneligheten øker risikoen for feilaktige inngrep og frikjennelser, noe som gjør at hensynet til samfunnsøkonomisk velferd i mindre grad blir ivaretatt. For det andre er det vanskelig å vite hvilke resultater ulike vurderinger vil ha for den samfunnsøkonomiske velferden. Disse forholdene gjør at det er problematisk å komme med klare anbefalinger til hvilke tilnærminger som bør inntas. Jeg vil på denne bakgrunn enkelte steder nøye meg med å kommentere utviklingen og å påpeke fordeler og ulemper med mulige vurderinger.

Når det gjelder eksklusivitetsavtaler er den klare ulempen med tidligere praksis, der slike avtaler ble ansett for å innebære et misbruk «per se», at det ikke tas hensyn til at eksklusivitetsavtaler ikke nødvendigvis vil ha konkurransebegrensende virkninger. Et mulig alternativ er selvsagt å bygge på en ren virkningsbasert vurdering. En ren virkningsbasert tilnærming vil redusere risikoen for uriktige vedtak og dermed være bedre egnet til å ivareta hensynet til den samfunnsøkonomiske velferden. Samtidig vil forutberegneligheten bli dårligere og kostnadene knyttet til håndhevelsen av bestemmelsen bli høyere med en slik tilnærming. Et sentralt spørsmål er om det er mulig å finne en «mellomløsning» der både forutberegnelighetshensyn og hensynet til samfunnsøkonomisk velferd blir ivaretatt.

I avgjørelsen i *Tomra*, kan det synes som om Domstolen forsøker å stille opp en slik «mellomløsning». Ved å stille opp en vurdering om at eksklusivitetsavtaler som binder opp en vesentlig del av markedet må anses som et misbruk, er det naturlig å anta at Domstolen ønsker å oppstille en vurdering som i større grad tar hensyn til at eksklusivitetsavtaler ikke nødvendigvis vil ha en konkurransebegrensende virkning, samtidig som foretakene gis en viss forutberegnelighet. Når det gjelder atferd som binder opp en vesentlig del av markedet, har nok Domstolen rett i at slik atferd ofte vil ha en konkurransebegrensende virkning. En slik vurdering bygger derfor på en forholdsvis treffende presumsjon. Mye kan tale for at Domstolens tilnærming i *Tomra* innebærer en positiv utvikling sammenliknet med tidligere praksis. Spørsmålet er imidlertid hva som skal gjelde dersom avtalene bare binder opp en «uvesentlig del» av markedet. Skal det i så fall foretas en virkningsvurdering, eller skal atferden da uansett ikke anses som et misbruk?

Hvis man bygger på at atferd som ikke binder opp en vesentlig del av markedet uansett ikke kan anses for å innebære et misbruk, vil man oppnå høy forutberegnelighet og lave håndhevelseskostnader. Hensynet til samfunnsøkonomisk effektivitet vil imidlertid bli dårligere ivaretatt med en slik tilnærming, da bruk av eksklusivitetsavtaler som ikke binder opp en vesentlig del av markedet også vil kunne ha en konkurransebegrensende virkning.

Dersom man derimot bygger på at det må foretas en virkningsvurdering der avtalene ikke binder opp en vesentlig del av markedet, vil forutberegneligheten bli dårligere. Vurderingen vil imidlertid være bedre egnet til å ivareta den samfunnsøkonomiske velferden sammenliknet med en vurdering der avtaler som ikke binder opp en vesentlig del av markedet uansett ikke anses som et misbruk. Sammenliknet med en ren virkningsvurdering, vil derimot vurderingen være dårligere egnet til å ivareta den samfunnsøkonomiske velferden, da man også kan tenke

seg at en praksis som binder opp en vesentlig del av markedet ikke vil ha en konkurransebegrensende virkning. En fordel er imidlertid at en slik vurdering vil være mindre ressurskrevende å håndheve enn en ren virkningsvurdering. Etter min mening kan mye tale for at en løsning der avtaler som binder opp en vesentlig del av markedet automatisk anses som et misbruk, mens det for avtaler som kun binder opp en mindre del må foretas en virkningsvurdering, synes å innebære en god balansering av de ulike hensynene.

Den neste misbruksformen jeg vil ta for meg er rabatter. Problemet med tilnærmingen i tidligere praksis var også her at det var fare for at vurderingen i for liten grad var egnet til å fremme hensynet til samfunnsøkonomisk velferd. Kommisjonen prøver i Veiledningen å bøte på dette problemet gjennom implementeringen av en «like effektiv konkurrent»-vurdering. Denne vurderingen vil sannsynligvis ivareta hensynet til samfunnsøkonomisk velferd på en bedre måte. Problemet med Veiledningens tilnærming er imidlertid at den svekker forutberegneligheten, da den baserer seg på størrelsen «den relevante mengde».

For å unngå problemet med den vage størrelsen, har Lang foreslått en vurdering der det i stedet tas utgangspunkt i det volum som gir opphav til rabatten, slik jeg redegjorde for i kapittel 5.3.3.²⁵⁰ Lang foreslår at det må stilles opp en «like effektiv konkurrent»-vurdering med utgangspunkt i dette volumet. Med en slik vurdering vil atferden altså innebære et misbruk dersom gjennomsnittsprisen for det kvantum som gir opphav til rabatten pluss en enhet er under det dominerende foretaks LRAIC. En slik vurdering innebærer i realiteten at rabatter kun skal underlegges samme vurdering som rovprising. Ulempen med dette forslaget er at en rekke rabattsystemer vil kunne være konkurransebegrensende uten at de rammes av rovprisingsvurderingene. Forslaget vil derfor ivareta hensynet til samfunnsøkonomisk velferd langt dårligere enn Veiledningens forslag, og jeg mener derfor at det ikke er fornuftig å bygge på en slik vurdering.

Gjennomgangen viser at det også for rabatter er vanskelig å finne en god vurdering. Etter mitt skjønn gir imidlertid Veiledningens forslag lav forutberegnelighet samtidig som den samfunnsøkonomiske velferden ikke ivaretas på samme måte som den ville gjort med en virkningsbasert tilnærming. Jeg mener derfor Veiledningens tilnærming blir en mellomløsning som i liten grad ivaretar noen av hensynene på en særlig god måte. Etter min mening er det derfor heldig at Veiledningens forslag ikke har blitt fulgt opp i rettspraksis.

²⁵⁰ Jf. Lang 2009 s. 13.

Spørsmålet er så hva alternativet er. Et alternativ er selvsagt å bygge på vurderingen fra tidligere rettspraksis. Et annet alternativ er å bygge på en ren virkningsbasert tilnærming. Et tredje alternativ kan være å bygge på en tilsvarende modell som den som er skissert ovenfor for eksklusivitetsavtaler, altså slik at dersom rabattsystemene har et visst omfang og en viss varighet, så anses praksisen automatisk for å innebære et misbruk, mens dersom omfanget ikke overstiger den etablerte grensen må det foretas en virkningsvurdering. Dersom man bygger på en slik vurdering for eksklusivitetsavtaler, kan konsistenshensyn tale for å bygge på en tilsvarende vurdering av rabatter.

Den tredje formen for misbruk jeg ønsker å knytte noen kommentarer til er rovprising. Når det gjelder vurderingen av priser under GVK, vil vurderingen i tidligere rettspraksis gi en høy grad av forutberegnelighet her. Det synes også å være forholdsvis gode holdepunkter for at priser under GVK ofte vil kunne ha en konkurransebegrensende virkning, slik at vurderingen i ganske stor grad vil være egnet til å ivareta hensynet til den samfunnsøkonomiske velferden. En ren virkningsbasert vurdering vil sannsynligvis gi enda bedre ivaretagelse av den samfunnsøkonomiske velferden, men når presumsjonen vurderingen bygger på synes å være forholdsvis treffende, samtidig som den gir god forutberegnelighet, kan mye tale for at vurderingen fra tidligere rettspraksis innebærer en god tilnærming.

Når det gjelder priser mellom GVK og GTK, tok tidligere rettspraksis utgangspunkt i en vurdering av om det dominerende foretaket har en konkurransebegrensende intensjon. De sentrale problemene med denne vurderingen er for det første vanskelighetene med å påvise en slik intensjon. For det andre er det ikke sikkert at en konkurransebegrensende intensjon vil medføre en konkurransebegrensende virkning, eller at mangel på konkurransebegrensende intensjon medfører at slike priser ikke har en konkurransebegrensende virkning.

I *Post Danmark* stiller Domstolen, som vist, opp en vurdering av om atferden har konkurransebegrensende virkninger som et alternativ til påvisningen av en konkurransebegrensende intensjon. En slik endring innebærer sannsynligvis en bedre ivaretagelse av hensynet til samfunnsøkonomisk velferd. Forutberegneligheten vil derimot bli noe dårligere etter endringen. Det kan imidlertid stilles spørsmålstegn ved hvor god forutberegnelighet en vurdering basert på intensjon er egnet til å gi, da intensjon er en vag og skjønnsmessig størrelse. Et mulig alternativ kan være å erstatte hele intensjonsvurderingen med en virkningsvurdering, men forutberegneligheten vil nok svekkes noe med en slik tilnærming.

Gjennomgangen viser at for mange misbruksformer, så synes det ikke å være mulig å komme frem til en vurdering som ivaretar alle hensynene på en god måte. Hvilke vurdering som skal legges til grunn må til syvende og sist bero på en prioritering. For å kunne foreta et informert valg, er det imidlertid sentralt å sikre en bred og opplyst debatt rundt problemstillingene. Dette har vært mitt bidrag til debatten.

Litteratur:

Forkortelse i teksten

Akman, i *Modern Law Review*, 2010

Akman 2012

Areeda og Turner, i *Harvard Law Review* 1975

Bien og Krah, i *ECLR*, 2012

Bellamy og Child 2008

Crayencour og Lang, i *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013

Cosma og Whish

Fox, i *World Competition*, 2003

Fredriksen og Mathiesen 2012

Geradin, i *Competition law and the enforcement of article 102*, 2012

Fullstendig henvisning

Akman, Pinar, "The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso?", *Modern Law Review*, 2010 s. 605-630.

Pinar Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law – Law and Economic Approaches*, Oxford 2012.

Philip Areeda og Donald F. Turner, "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act", *Harvard Law Review*, 1975 s. 697-733.

Florian Bien og Matthias Krah, "The Ruling of the CJEU in Post Danmark: Putting an End to Selective Price Cuts as an Abuse Under TFEU Article 102 and Turning Towards a More Economic Approach", *European Competition Law Review*, 2012 s.482-487.

Christopher Bellamy og Graham D. Child, *European Community Law of Competition*, Oxford 2008

Aude de Crayencour og John Temple Lang, "Tomra: The Assessment of retroactive Rebates by the Court of Justice after the Guidance paper", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013 s. 51-52.

Håkon Cosma og Richard Whish, "Soft Law in the Field of EU Competition Policy", *European Business Law Review*, 2003 s. 37

Eleanor M. Fox, «We Protect Competition, You Protect Competitors», *World Competition*, 2003 s. 149-165

Fredriksen, Halvard og Mathisen Gjermund, *EØS-rett*, Bergen 2012.

Geradin, Damien, "Is the Guidance Paper on the Commissions's Enforcement Priorities in Enforcing Article 102 Useful?", i Federico Etro og Ioannis Kokkoris (red.), *Competition law and the enforcement of article 102.*, Oxford 2012 s. 37-53.

- Gjendemsjø 2010 Ronny Gjendemsjø, *Oligopolproblemet – om anvendelsen av TFEU artikkel 101 og 102 på koordinerte priser i et oligopol*, Bergen 2010.
- Gormsen 2010 Liza Lovdahl Gormsen, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge 2010
- Kellerbauer, i ECLR, 2010 Manuel Kellerbauer, “The Commission’s new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies’ exclusionary conduct: a shift towards a more economic approach?”, *European Competition Law Review*, 2010 s. 175-186.
- Kolstad og Ryssdal 2007 Olav Kolstad og Anders Ryssdal, *Norsk konkurranserett: Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*, Oslo 2007.
- Korah, i European Competition Law: The Impact of the Commission’s Guidance on Article 102, 2011 Valentine Korah, “Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in applying Article 82 to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings: from protecting freedom to enter a market to an efficient allocation of resources to increase consumer welfare”, i Lorenzo Federico Pace (red.), *European Competition Law: The Impact of the Commission’s Guidance on Article 102*, Cheltenham 2011 s. 8-25.
- Lang 2009 John Temple Lang, “Article 82 – The Problems and The Solution”, artikkel presentert på konferansen “Ten Years of Mercato Concorrenza Regole” i Milano 2009.
- Nazzini 2011 Renato Nazzini, *The Foundations of European Union Competition Law – The Objective and Principles of Article 102*, Oxford 2011
- O’Donoghue 2007 Robert O’Donoghue, “Verbalising a General Test for Exclusionary Conduct under Article 82 EC”, i Claus-Dieter Ehlermann og Mel Marquis (red.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford 2008.
- O’Donoghue og Padilla 2013 Robert O’Donoghue og Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2. Utgave, Oxford 2013.

- Report by the Economic Advisory Group on Competition Policy 2005 Report by the Economic Advisory Group on Competition Policy, *An Economic Approach to Article 82*, juli 2005. Tilgjengelig på http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf
- Rousseva 2010 Rousseva, Ekaterina, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Oxford 2010.
- Rousseva og Marquis, i Journal of European Competition Law & Practice (2013) Ekaterina Rousseva og Mel Marquis, "Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013 s. 32-50.
- Senden 2004 Linda Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford 2004
- Whish 2012 Whish, Richard, *Competition Law*, 7. Utgave, Oxford 2012.
- Wellens og Borchardt, i European Law Review, 1989 K.C Wellens og G.M. Borchardt, "Soft law in European Community law", *European Law Review*, 1989 s. 267-321
- Østerud 2010 Østerud, Eirik, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law – The Spectrum of tests*, Alphen aan den Rijn 2010.

Praksis:

Avgjørelser fra Domstolen:

Sak 13/63, *Italia mot Kommisjonen*

Forente saker 6 og 7/73, *Commercial Solvents*

Forente saker 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114/73, *Suiker Unie m.fl. mot Kommisjonen*

Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche*

Sak 322/81, *Michelin I*

Sak 311/84, *Telemarketing*

Sak 62/86, *AKZO Chemie*

Forente saker C-241 og 242/91, *Magill*

Sak C-333/94, *Tetra Pak II*

Sak C-395/96, *Compagnie Maritime Belge Transports*

Sak C-7/97, *Oscar Bronner*

Sak C-418/01, *IMS Health*

Sak C-95/04, *British Airways*

Sak C-202/07, *France Telekom*

Sak C-280/08, *Deutsche Telekom*

Sak C-52/09, *TeliaSonera*

C-209/10, *Post Danmark*

Sak C-549/10, *Tomra*

Avgjørelser fra Underretten:

T-65/89, *BPB Industries plc and British Gypsum Ltd*

T-83/91, *Tetra Pak*

Sak T-5/97, *Industrie des Poudres Spheriques*

T-65/98, *Van den Bergh Foods*

Sak T-219/99, *British Airways*

Sak T-57/01, *Solvay*

Sak T-66/01, *Imperial Chemical Industries*

Sak T-203/01, *Michelin II*

Sak T-340/03, *France Telekom*

Sak T-201/04, *Microsoft*

Sak T-301/04, *Clearstream*

Sak T-336/07, *Telefonica*

Sak T-398/07, *Kongeriket Spania*

Dokumenter fra Kommisjonen:

«Veiledningen»: OJ 2009 C 45/02 «Meddelelse fra Kommisjonen – Vejledning om Kommisjonens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd».

«Diskusjonsnotatet»: «DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses».

Tilgjengelig på: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>